الجامعة المصرية ـ كلية الحقوق

دروس الشريعة الاسلامية

لطلبة السنة الاولى
بكلية الحقوق

تأليف

الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم بك
أستاذ الشريعة الأسلامية
ووكيل كلية الحقوق

سنة ١٣٥٣ / ١٣٥٤ هـ ـ سنة ١٩٣٤ / ١٩٣٥ م

مطبعة العلوم بشارع الخليج بجنينة لاظ

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاموال

المال لغة هو ما ملكته من كل شيء . وكان في الأصل خاصاً بما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل مايقتني ويملك من الاعيان . وأكثر ما يطلق المال عند أهل البادية على النعم وهي الابل لأنها أكثر أموالهم .

واصطلاحا ما يجرى فيه البذل والمنع . أو ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة ، فالهواء المطلق والبحار وضوء الشمس وحرارتها ليس شيء منها بمال وكذا حبة من شعير وقبضة من تراب وقطرة من ماء .

ولما كان المال موضوع المعاملات من معاوضات وتبرعات وغيرهما وكان ينقسم بهذا الاعتبار إلى أقسام تختلف باختلافها الاحكام ناسب أن نبادر هنا ببيانها اجمالا فنقول .

أولا : ينقسم المال إلى عقار ومنقول . فالعقار ما كان ثابتاً لا يمكن نقله وتحويله فيشمل الارضين على اختلافها . والمنقول ما يمكن نقله وتحويله سواء بقي حافظاً لصورته التي كان عليها قبل النقل أم تغيرت

صورته بالنقل والتحويل. فيشمل الحيوان والنقدين والمكيل والموزون وعروض التجارة وكذا البناء والشجر. فكل من البناء والشجر بالنظر إلى ذاته يعتبر منقولا لكنه قد يأخذ حكم العقار تبعاً له كما فى الشفعة.

ثانياً: ينقسم المال إلى متقوم وغير متقوم فالمتقوم هو ما يباح الانتفاع به شرعاً فى حالة السعة والاختيار، وغير المتقوم مالا يباح الانتفاع به فى حالة الاختيار لكن يُحِلّ الانتفاع به فى حالة الاضطرار كالميتة والدم المسفوح والخمر والخنزير.

ويطلق غير المتقوم أيضاً على المال المباح قبل احرازه كالسمك فى الماء والأوابد فى الغابات والطير فى السماء قبل حيازة شىء منها.

ثالثاً: ينقسم المال إلى قيمى ومثلى، فالمثلى ماله نظير فى محال التجارة بدون تفاوت بينهما أو بتفاوت يسير لا يعتد به، فيشمل المكيلات كالقمح والشعير والموزونات كالذهب والفضة والمعدودات التى لا تفاوت بين آحادها كالمصنوعات التى تكون من مادة واحدة وتصنع على نسق واحد وهى لا تحصى كثرة، أو يكون بين أفرادها تفاوت يسير لا يعتد به كالليمون والبيض. وبالجملة فكل ماله نظير فى الاسواق مساو له من كل وجه أو بينهما تفاوت يسير لا يعتد به فى المعاملات فهو مثلى تتعلق به أحكام المثليات.

والقيمى هو مالا يوجد له مثيل فى محال التجارة أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به فى المعاملات كالابل والخيل وككتاب خطى لم

يكتب كاتب على نسقه . ويلحق به فى الحكم المثلى الذى انقطع نظيره من الاسواق وذلك ككتاب مطبوع نفدت جميع نسخه ولم يبق منه إلا نسخة واحدة .

ثمرة التقسيم

بين كل قسمين متقابلين من الاقسام المارة فروق فى بعض الاحكام تعلم من تتبع أبواب الفقه ولنذكر هنا بعضها على سبيل المثال .

(ا) العقار محل للشفعة والمنقول ليس محلا لها .

(ب) ليس للوصى بيع العقار الا بمسوغ شرعى بخلاف المنقول .

(ج) يجوز بيع العقار قبل قبضه بخلاف المنقول على خلاف وتفصيل فى ذلك .

(د) يقدّم فى إيفاء الديون بيع المنقول على بيع العقار

(هـ) العقار يصح وقفه مطلقاً واما المنقول ففيه تفصيل .

المتقوم وغير المتقوم

(ا) المتقوم يضمن بالاتلاف وغير المتقوم لايضمن إلا إذا كان مالكه غير مسلم وهو متقوم فى مذهبه .

(ب) إذا كان غير المتقوم مبيعاً فالبيع باطل وإذا كان ثمناً فالبيع فاسد .

(ج) المباح قبل احرازه لايكون محلا لورود العقد عليه .

المثلى والقيمى

(ا) المثلى عند الضمان يضمن بمثله وعند عدم المثل يضمن بالقيمة وأما

القيمة فلا يُضمن الا بالقيمة

(ب) المثلى يكون ديناً فى الذمة وقد يتعين بالاشارة اليه كما اذا كان مبيعاً واما القيمى فلا يكون ديناً اصلا

(ج) المثلى تدخله القسمة جبراً بخلاف القيمى

علاقة الانسان بالمال

هى المالكية بالنسبة للانسان والمملوكية بالنسبة للمال فالانسان مالك للمال والمال مملوك له

تنقسم الاموال من حيث قابليتها للتملك اصطلاحا الى ثلاثة أقسام

الاول مالا يجوز تمليكه ولا تملكه وتشمل قسمين

(اولهما) المحال التى أعدت لحفظ الحدود والثغور من قلاع وحصون ومرافىء ونحوها (ثانيهما) ما جعل لمنفعة العامة كالطرق النافذة والشوارع والقناطر والجسور التى ليست ملكا لاحد ما دامت هذه الاشياء على حالتها منتفعاً بها الانتفاع الذى اعدت له فاذا صارت شيئاً آخر تغير حكمها

القسم الثانى — ما يمتنع فيه ذلك الا بمسوغ شرعى وتحته نوعان

(اولهما) العقارات الموقوفة (وثانيهما) الاراضى الاميرية أى اراضى بيت المال فلا يجوز بيع الاولى الا بمسوغ من مسوغات بيع الوقف ولا يجوز بيع الثانية الا لضرورة أو مصلحة فان هذه الاراضى تحت يد ولى الامر كاموال اليتيم تحت يد الوصى .

فالاسباب التى تسوغ للوصى بيع عقار اليتيم تسوغ أمثالها لولى

الامر بيع اراضى بيت المال

القسم الثالث — ما يجوز فيه ذلك مطلقاً وهو ما عدا القسمين الاولين ومن ذلك الاراضى الزراعية وقد كانت الى عهد قريب تنقسم الى خراجية وعشرية ثم غير ذلك

حق الملك التام

يسمى هذا الحق حق الملكية ايضاً وهو عبارة عن مجموع ما يقبله المال من الحقوق الجائزة شرعاً . فلمالك العين ملكا تاماً ان يتصرف فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالا كيف شاء فله أن يبيع ويهب ويرهن ويقف وله أن يبني الدار على اى هيئة اراد ويزرع الارض بأى زرع شاء وله أن يؤجر ما يملكه أو يعيره . وزوائده المتصلة والمنفصلة كلها ملك له يتصرف فيها بحق الملك التام كما يتصرف فى اصلها.

واذا كانت العين مشتركة بين اثنين فأكثر فلكل واحد من الشركاء حق الملك التام فى حصته ولا يمنع من اى تصرف فيها لا يضر بشريكه .

حق الملك الناقص

حق الملك الناقص هو عبارة عن بعض ما يقبله المال من الحقوق الشرعية ويندرج تحته حق الانتفاع بالعين دون ملك رقبتها وحق الارتفاق ويفرق بينهما بان الاول يكون حقاً لانسان يعطيه اياه مالك العين مؤقتاً بمدة معينة أو بمدة حياة المنتفع والثانى يكون حقاً لعقار على عقار آخر دائماً بدوام العقارين ولا يتغير بتغير المالكين لانه حق عيني

حق الانتفاع وملك المنفعة

هـذا الحق يستفاد بعقد وبدون عقد اما استفادته بدون عقد فتكون من ناحية الوقف واما استفادته بالعقد فان كان بعوض فالعقد اجارة وان كان بدون عوض فهو وصية بالمنفعة ان اضيف التمليك الى ما بعد موت المملك والا فهو اعارة فالمنفعة محصورة فى اربعة اسباب الاجارة والوقف والوصية بالمنفعة والاعارة. وقد يكون الانتفاع بسبب الاباحة

وللانتفاع بالمال طريقان احدهما ان يستغله المنتفع بان يؤجره لغيره فى مقابلة اجر يأخذه منه لنفسه وثانيهما أن يستوفى هو المنافع بنفسه.

واقوى الحقوق المكتسبة بالاسباب الاربعة المتقدمة الحق المستفاد بعقد الاجارة ثم المستفاد بالوقف وبالوصية بالمنفعة ثم المستفاد بالاعارة.

اما حق الاجارة فيخول لصاحبه استيفاء المنافع بنفسه او تمليك المنفعة كلها أو بعضها لغيره بعوض أو بدون عوض.

وأما الوقف والوصية فان نص فيهما على جواز الانتفاع والاستغلال للموقوف عليه أو الموصى له فانه يملكهما جميعا، وان كان الوقف والوصية بالغلة فقط فعلى قول الشيخين (ابى حنيفة وابى يوسف) لا يملك الا الغلة خلافا لمحمد فانه يجعل له الاستغلال والانتفاع جميعاً فن ملك الغلة عنده ملك الانتفاع بنفسه.

وان كانا بالمنفعة كالسكنى فلا يملك الموقوف عليه والموصى له الا السكنى

دون الاستغلال باتفاق الأصحاب جميعا . ونقلوا عن الأمام احمد رضى الله عنه أن من ملك السكنى ملك الغلة وبالعكس (انظر الوقف والوصية)

وأما الاعارة فلا تخول للمستعير الا الانتفاع بنفسه فقط ويجوز أن يعير العين المستعارة لغيره بشروط مبينة فى كتاب العارية

وأنواع الأموال كلها تقبل هذه الحقوق لافرق فيها بين عقار ومنقول إلا الوقف فان الأصل فيه أن يكون فى العقار ولا يكون فى المنقول إلا فى أحوال معينة فراجعها فى كتاب الوقف

مايجوز لصاحب المنفعة من التصرف ومالا يجوز

يجب على المنتفع أن يحافظ على العين التى ينتفع بها ويصونها كما يحافظ على ملك نفسه ويصونه . ولا يخلو الانتفاع من أن يكون مقيداً بقيد أو مطلقا . فان كان مطلقا جاز للمنتفع أن يتصرف فى العين التصرف المعتاد ويرجع فى هذا إلى العرف وان كان مقيدا بقيد جاز له أن يستوفيه بعينه أو يستوفى مثله أو أقل منه وليس له أن يتجاوزه الى مافوقه (انظر الاجارة والاعارة)

متى يجب الضمان على المنتفع

الانتفاع بالعين إما أن يتم مع بقائها أو لايتم إلا باستهلاكها فان كان الأول فان العين تكون أمانة فى يد المنتفع . فاذا تلفت أو هلكت أو نقصت قيمتها وكان ذلك ناشئا من تعديه أو اهماله أو مجاوزته الشرط إلى مافوقه أو حبسه العين بعد انقضاء مدة الانتفاع بها بدون حق وجب عليه الضمان وان لم يكن شىء من ذلك فلا ضمان عليه

وان كان الثانى كالانتفاع بالنقدين والمكيلات وجب على المنتفع رد مثل العين فان لم يوجد المثل فقيمتها سواء هلكت بتعديه أو اهماله أولا،وذلك لأن العين صارت مملوكة له لكونها قرضا فتدخل فى ملكه بالقبض

انتهاء حق الانتفاع

ينتهى حق الانتفاع بموت المنتفع أو بانقضاء المدة المعينة له ان كان له مدة وبهلاك العين المنتفع بها إلا أنه اذا انقضت المدة المعينة للانتفاع أو مات المنتفع فى أثناء المدة وكانت الأرض مشغولة بزرعه والزرع بقل لم يدرك فان الزرع يترك بالأجر المسمى فى حالة موت المنتفع قبل مضى المدة وبأجر المثل بعد انقضاء المدة

حق الارتفاق

معنى الارتفاق فى اللغة الاستعانة والاتكاء على مرفق اليد وفى الاصطلاح حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مالكه غير مالك الأول فان كان مالك العقارين واحدا فلا يقال ان هناك حق ارتفاق لعدم تعلق الاحكام به قصداً فى هذه الحالة

ويندرج تحته حق الشرب وحق المجرى وحق المرور وحق المسيل وحقوق الجوار

حق الشرب والشفة

الشرب لغة النصيب من الماء وشرعا نوبة الانتفاع بالماء سقيا للأرض والزرع والشجر

أقسام المياه

ينقسم الماء إلى محرز فى الأوانى والصهاريج والجرار ونحو ذلك والى غير محرز . وينقسم غير المحرز الى قسمين الاول مايكون فى مجار مملوكة لواحد أو أكثر كماء الجداول والانهار المملوكة ومنه ماء الآبار والسواقى. والثانى مايكون فى مجار غير مملوكة لأحد كنهر النيل وفروعه الكبيرة ودجلة والفرات

فالماء الذى يكون فى مجار غير مملوكة يجوز لكل واحد أن ينتفع به فى رى أرضه وشربه وسقى دوابه واستعماله فى جميع حاجاته بشرط ألا يضر استعماله هذا بالعامة لان شرط جواز الانتفاع بالمباح عدم ضرر العامة وقد وضعت الحكومة لذلك من النظم ما يكفل راحة الجميع .

والآبار والأنهار المملوكة ونحوها لكل انسان حق فى أن يشرب منها ويسقى دوابه لا أرضه ، وإذا أخيف تخريبها لكثرة الدواب فانه يمنع . ولو كان النهر أو البئر فى ملك رجل فله أن يمنع من يريد الشرب من الدخول فى ملكه إذا كان يجد ماء بقربه فان لم يجد يقال لصاحب الملك الذى فيه البئر (مثلا) إما أن تخرج الماء إليه أو تتركه بشرط ألا يكسر حافة البئر لان له حق الشفة فاذا أبى ومنعه الماء وهو يخاف على نفسه ودابته العطش كان له أن يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنعه الشرب وهو حقه لان الماء فى البئر والنهر ونحوها مباح غير مملوك لعدم احرازه فلكل واحد فيه حق الشفة وكذا استعماله فى الوضوء وغسل الثياب على الأصح . ولو أراد أن يسقى شجراً أو خضرا فى داره

وحمل الماء إليه بالجرة كان له ذلك على الاصح .

هذا كله فيما يتعلق بغير مالك البئر أو النهر الخ . واما المالك فاما أن يكون واحداً أو متعدداً فان كان واحداً فله الانتفاع بماء نهره أو بئره كيف شاء وان كان النهر مشتركا فليس لاحد الشركاء أن يشق منه جدولا أو ينصب عليه آلة بخارية أو نحو ذلك من التصرفات التى تضر بالشركاء وتنقصهم حقوقهم وتميزه عنهم اذ مقتضى الشركة العدل والمساواة فان كان تصرفه لايضر بشركائه فليس للشركاء منعه منه كأن ينصب آلة بخارية فى أرضه ولا يضر وجودها بالنهر ولا بمائه وذلك لان ما أنشاه إنما أنشاه فى خالص ملكه والمفروض أن عمله هذا لا يضر بالنهر فيكسر ضفته ولا بمائه فينقصه أو يغير طريق سيره .

والماء المحرز فى الأوانى كالصهاريج ونحوها ليس لاحد أن ينتفع به الا بأذن صاحبه لانه ملكه بالاحراز . ولكن إذا خشى إنسان على نفسه العطش ولم يجد الا ذلك الماء المحرز وصاحبه يمنعه فله أن يقاتله بغير سلاح حتى يحصل على مايسد به رمقه من الماء وعليه ضمان ما أخذ لان حل الاخذ للاضطرار لا ينافى الضمان .

ومن سقى أرضه سقيا معتاداً فنزت أرض جاره أو تلف زرعها فلا ضمان على الساقى لانه غير متعد

حق المجرى والمرور والمسيل

حق المجرى أو حق الاجراء أن يكون لانسان حق فى اجراء

الماء من ملك جاره الى ملكه وحق المرور أن يكون لشخص الحق فى أن يمر من ملك جاره الى ملكه وحده أو بدوابه .

وحق المسيل أن يكون لشخص حق تصريف المياه الزائدة فى ملكه من ملك جاره . وهذه الحقوق اما ان تكون قديمة أو حديثة فان كان شىء منها قديما غير مضر فأنه يبقى على قدمه

اذ الأصل أن القديم غير المضر يبقى على قدمه ما لم يقم الدليل على بطلانه. وان كان مضراً كمسيل قذر فى الطريق العام أو الخاص فأنه يزال ولا يعتبر قدمه لان الضرر يجب أن يزال ولو كان قديماً لعدم مشروعيته فيعطى فى البقاء حكم الابتداء . وأما الحديث فان كان فى أرض أو دار مملوكة لشخص أو زقاق غير نافذ فلا يجوز احداثه الا بأذن رب الدار أو رب الارض أو أهل الزقاق، ومع ذلك فللآذن أن يرجع عن اذنه ويبطل ما أذن به لان ذلك من قبيل الاباحة وهى غير لازمة

وان كان فى الطريق العام فيشترط أن يكون غير مضر بالعامة . وفى لوائح التنظيم ما فيه الكفاية

والقديم هو الذى لا يوجد من يعرفه الا بالحالة التى هو عليها . والحديث هو الذى يوجد فى أهل العصر من يعى حدوثه .

حقوق الجوار

الملك اما مشترك بين اثنين فاكثر أو غير مشترك. وغير المشترك أما أن يتعلق به حق لغير مالكه أو يكون خالصا له . أما المشترك فيجب أن

يكون التصرف فيه مبنيا على عدم اضرار أحد الشركاء بالآخرين، وأما المتعلق به حق الغير فيجب أن يكون التصرف فيه مقيدا بما لا يفوت هذا الحق أو ينقصه . وأما الخالص فهل يقيد المالك في تصرفه فيه أو يكون مطلق للتصرف؟ ظاهر الرواية انه يكون مطلق التصرف وبه أفتى طائفة من المشايخ ورجحه في الفتح . وفي البزازية والعمادية انه يقيد ويمنع مما يضر بجاره ضرراً بينا وهذا القول هو الذي عليه المعول ولا ينبغي المصير الى غيره . وحددوا الضرر البين بأنه ما يكون سبباً لهدم البناء ، أو وهنه أو يمنع الحوائج المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية فليس بضرر بين فلا يمنع المالك من التصرف الذي يؤدي إليه . فمن الضرر البين أن يحفر بجانب جدار داره فيسقط الجدار أو يحفر بالوعة أو نحوها فينز منها الماء فيهن جدار جاره أو ينصب رحى توهن بدورانها صباحا ومساء حوائط دار الجار أو يقيم جداراً في داره فيسد به الضوء بالكلية عن جاره حتى يمنعه من الكتابة والقراءة.وأما لو منع عنه بعض الضوء فليس هذا من الضرر البين.ومنه انشاء كوىً تطل على مقر النساء فلو كانت مرتفعة عن قامة الشخص أوموضوعاعليهاستائر أو انشئت هي أولا ثم جعل المحل المقابل لها من بيت الجار مقراً للنساء فان صاحبها لا يلزم بسدها في هذه الاحوال الثلاثة وأما فتح الكوى للنظر والهواء والضوء فهي جائزة لكل واحد في ملكه ما لم تكن مطلة علي مقر النساء كما تقدم . وليس لصاحب الساحة التي

تطل تلك الكوى عليها أن يلزم صاحبها بسدها ولكن له أن يرفع جداره بجانبها حتى يسدها ولا يمنع من ذلك الا سد الضوء عن جاره بالكلية

واذا تعلق حق الغير بالملك فاما يكون هذا التعلق مؤقتا أو دائما فالمؤقت كحق المستأجر والمرتهن فى العين المستأجرة والمرهونة. وهذا النوع يكون الكلام عليه فى مواضعه والدائم هو حق كل من صاحب العلو والسفل على الآخر وهو الذى نذكره هنا فنقول

لما كان السقف من متممات البناء كان سقف الطبقة السفلى تابعا لها وملكا لصاحبها ، ولصاحب الطبقة العليا الانتفاع بسطحه إذ لا بد له من ذلك. ثم ان لكل من صاحب العلو والسفل اعتبارين أولهما اعتبار كل منهما جارا للآخر إذ يجوز له بيع ملكه وأخذ ثمنه وللآخر أخذه بشفعة الجوار بدليل عدم تميزه على سائر الجيران فى الشفعة فدل هذا على أن ملك كل منهما ممتاز عن الآخر . ثانيهما : اعتبار أن لكل منهما حقا فى ملك الآخر فلصاحب العلو حق قراره ولصاحب السفل حق دفع المطر والشمس عنه فلا بد من رعاية كل من الامرين فيتصرف كل منهما فى ملكه بما لا يضر الآخر ويمنع مما يضره . وينقسم التصرف بمقتضى ذلك الى ثلاثة أقسام . الاول : مايتحقق فيه الضرر يقينا كهدم ذى السفل بناءه كله أو بعضه . الثانى : مايتحقق به عدم الضرر يقينا كدق مسمار صغير فى الحائط . الثالث : ما يشكل فيه الأمر كفتح باب أو شباك أو ادخال جذوع فى السقف أو رفعها منه . وقد اتفق الامام وصاحباه على أن ما يتحقق فيه الضرر يمنع منه ، ومايتحقق

فيه عدم الضرر لا يمنع ، أما المشكل فمذهب الصاحبين أنه لا يمنع ، ومذهب الامام أنه يمنع. ومبنى ذلك أن الأصل عندهما الاباحة لأنه تصرف فى ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما اشكل يبقى على أصل الاباحة . وعنده الاصل هو الحظر لأنه تصرف فى محل تعلق به حق الغير ، والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين فما اشكل يبقى على أصل الحظر. والراجح قول الامام . واذا أذن أحدهما للآخر بأى تصرف جاز له هذا التصرف بالاذن وهو ظاهر

(هدم السفل وانهدامه) . إذا هدم صاحب السفل بناءه فإنه يجبر على اعادته لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو على السفل ، واذا انهدم السفل وحده لا يجبر صاحبه على بنائه لعدم تعديه بل يطلب منه أن يبنيه فان امتنع كان لصاحب العلو أن يبنيه باذن (١) صاحبه أو باذن (٢) القاضى أو بدون اذن أحد . ففى الاول والثانى يرجع على صاحب السفل بجميع ما أنفقه على عمارته لأنه بالاذن صار وكيلا وفى الثالث يرجع بقيمة البناء وحده وتقدر القيمة بمعرفة أهل الخبرة زمن البناء لا زمن الرجوع على الصحيح، لان القيمة قد استحقت فى زمن البناء. ولصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من سكناه والانتفاع به حتى يوفيه حقه، وله أن يؤجره باذن القاضى ويستخلص حقه من أجرته .

الارتفاق بالحائط بكونه بين الجارين والشريكين

اذا كان بين الجارين حائط مملوك لاحدهما فليس للآخر أن يضع عليه أخشابا بدون اذن مالكه وليس له أن يجبره على أن يعطيه

جزءاً من الحائط أو من الارض القائم عليها بناء ذلك الحائط كما أنه ليس لاحد الجارين أن يجبر الآخر على اقامة حائط أو أى ساتر على حدود ملكه بل الجار إذا أراد اقامة حائل أقامه فى ملك نفسه . وإذا كان الحائط مشتركا بين اثنين فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيه بتعلية فى البناء بلا اذن الآخر لأن الحائط مشترك بينهما على الشيوع فلا يمكنه التصرف فى حق نفسه فقط بل لا بد من أن يتناول تصرفه حصة الآخر فيتوقف على اذنه

ولكل من الشريكين فى الحائط أن يضع عليه أخشابا بقدر ما لشريكه لان الشركة تقتضي المساواة بشرط أن يتحمل الحائط ما يضعانه من الاخشاب اتقاء للضرر . و ليس لاحدهما أن يزيد فى أخشابه بدون اذن الآخر ولو كان الحائط يطيق الزيادة لما تقدم. كما أنه لا يجوز لكل منهما أن يغير محل أخشابه التى على الحائط يميناً أوشمالا ولا من أسفل الى أعلى، ولكن يجوز أن يحولها من أعلى الى أسفل وذلك لان فى تحويل الاخشاب يميناً وشمالا ضرراً بدون فائدة، وفى تحويلها من أسفل الى أعلى ضررين، ومن أسفل الى أعلى ضرراً بدون فائدة . بيان هذا ان نقل الاخشاب من جهة الى اخرى يستلزم فتح كوى جديدة فى الحائط لوضع رءوس الاخشاب فيها وهذا هو الضرر ثم ان رأس الحائط يتحمل اكثر مما يتحمله اعلاه فاذا نقلت الاخشاب من اسفل الى أعلى نشأ ضرران الاول فتح الكوى والثانى تحميل الحائط اكثر مما كان يحمله ، واذا نقلت من أعلى الى اسفل نشأ من ذلك ضرر

وهو فتح الكوى ونفع وهو تحميل الحائط أقل مما كان يحمله وهذا النفع ارجح من الضرر فيراعى جانبه

وإذا كان لكل منهما على الحائط أخشاب فلصاحب الأسفل أن يرفع أخشابه بحذاء صاحب الاعلى ان لم يضر بالحائط وكذا لصاحب الاعلى أن يسفل أخشابه ان لم يضر بالحائط وذلك لتحقيق المساواة بين الشريكين فى الارتفاق بالحائط فمتى كان التصرف مبنياً على العدل وخالياً من الضرر بالحائط كان تصرفا جائزاً .

أسباب الملك

١ ـ وضع اليد على الشىء المباح الذى لا مالك له .

٢ ـ العقود الناقلة للملك من مالك الى آخر كالبيع والهبة والوصية .

٣ ـ الميراث بان يخلف شخص آخر فيما كان يملكه .

٤ ـ الشفعة .

وقد زيد فى القوانين الوضعية التملك بمضى المدة بشروط بينتها تلك القوانين . ولما كان مضى المدة ليس سبباً شرعياً للتملك وإنما هو سبب لمنع سماع الدعوى من الخارج على ذى اليد بشروطه المعلومة ناسب ذكره فى كتاب الدعوى (راجع شروط الدعوى) .

اولا ـ وضع اليد على الشىء المباح الذى لا مالك له

ويندرج تحته احياء الموات والاستيلاء على المعادن والكنوز والصيد وحيازة كل مال لا مالك له وقت حيازته شرعا كالكلأ والاشجار

النابتة فى أرض غير مملوكة لاحد وثمار تلك الأشجار وما يوجد فى البحار والاراضى غير المملوكة من كل شيء ذى قيمة ليس له مالك معين .

احياء الموات

المراد بالموات مالا ينتفع به من الأراضى لفقدان الماء فيه سواء كان له ماء من قبل ثم انقطع عنه أم لم يكن له ماء أصلا وكذا ما غلب عليه الماء أو كان أرضاً سبخة ولم يكن لاحد عليه ملك ولا حق، وإحياؤه يكون بما يجعله نافعاً أو يهيئه للانتفاع كبذر الارض أو حرثها أو سقيها أو شق جدول فيها لاجل السقى وكذا إذا بني جداراً فى اطرافها أو مسناة بقدر ما يحفظها من السيل أو جفف ماءها ونحو ذلك ..

وأما وضع الاحجار أو الشوك أو اغصان الشجر اليابسة محيطة بالارض ونحو ذلك فهذا ليس باحياء وإنما هو تحجير . وسمي تحجيراً اما لوضع الأحجار حوله ليعلم الناس أن المحجر أخذ الارض واما لحجر غيره عن احيائها .

ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين سقط حقه فيها وكان للامام أن يدفعها إلى غيره وذلك للأثر الوارد عن عمر رضى الله عنه فى ذلك ولان الاقتصار على التحجير وحده خال من الفائدة التى تعود على المحجر وغيره بخلاف الاحياء .

ويشترط لملك المحي ما يحييه من الاراضى أن يأذنه الامام باحيائه فان أحياه بغير اذن الامام لا يملكه وهذا هو قول أبى حنيفة وعليه المعول .

وقال الصاحبان يملكه إذا أحياه ولو لم يأذن الامام لعموم قوله صلى الله عليه وسلم (مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ) ولانه مال مباح

سبقت إليه يده. وأجيب عن ذلك بأن الحديث الذى رواه يحتمل أن يكون المراد به بيان أن للامام ولاية أن يأذن الناس باحياء الموات كقوله عليه الصلاة والسلام (مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُه) أى للامام ولاية أن يأذن الغازى بهذا القول. وفى كل من الحديثين تحريض على العمل، أحياء الموات فى الأول، والقتال فى الثانى والفتوى على قول أبى حنيفة منعا للفوضى.

ولا يجوز احياء ما قرب من العامر، وضابطه أنه إذا وقف إنسان جهورى الصوت على مكان عال فصاح بأعلى صوته ففى أى موضع سمع صوته فهو قريب وإلا فبعيد. والبعد شرط عند أبى يوسف وقوله هو المختار لان الظاهر ان ارتفاق أهل القرية لا ينقطع عن المكان القريب فيدار الحكم عليه واما محمد فاعتبر انقطاع الارتفاقات حقيقة ولو كان قريباً فأجاز احياء كل أرض موات ليس لها مالك معروف سواء كانت قريبة من القرى أو بعيدة عنها.

وإذا عدل الماء فى بحر أو نهر عن أرض ولم يحتمل عوده إليها فهى موات يجوز احياؤها لانها لم تكن فى يد أحد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهى الآن فى يد الامام. وان احتمل عود الماء إليها فلا يجوز احياؤها لحاجة العامة إلى كونه نهراً. وإذا أحيا الانسان أرضا مواتا ثم أحيا الناس ما حولها من الاراضى فان أحيوه على التعاقب تعيّن طريق المحي الاول من الارض التى أحييت أخيراً وإن أحيوها معاً كان له أن يختار طريقه من أية أرض منها.

الاستيلاء على المعادن والكنوز

المعدن فى الاصل المكان بقيد الاستقرار فيه ثم اشتهر فى نفس الاجزاء المستقرة فى الارض بخلق الله تعالى لا بصنع صانع .والكنز فى الاصل الجمع ثم اطلق على المال المجموع فاذا وجد فى باطن الارض فلا يكون ذلك إلا بصنع صانع وبهذا يفرق بين المعدن والكنز . فالأول من اجزاء الارض والثانى ليس من اجزائها . واما الركاز فهو مأخوذ من ركز الرمح أى غرزه وهو يطلق على المعدن والكنز فكل واحد منهما ركاز . المعدن ركاز بصنع الخالق والكنز ركاز بصنع المخلوق

المعدن

إذا وجد فى أرض معدن صلب ينطبع بالنار كالذهب والفضة والنحاس والحديد فاما ان يوجد فى أرض مملوكة أو غير مملوكة والمملوكة تشمل الاراضى العشرية والخراجية وأراضى الدور وسائر المبانى وفى كل هذه الصور تكون أربعة اخماس المعدن لصاحب الأرض والخمس لبيت المال وهذا على اطلاقه قول الصاحبين وأما أبو حنيفة ففرق بين الارض التى قررت عليها وظيفة والتى ليس عليها وظيفة.ففى الاولى قوله كقول الصاحبين.ويقول فى الثانية ان بيت المال لا شىء له اصلا وكل المعدن لمالك الارض.ووجه قول الصاحبين حديث (وفى الركاز الخمس) فهو بعمومه يشمل كل ركاز سواء وجد فى أرض عليها وظيفة أم وجد فى أرض ليس عليها وظيفة.ووجه قوله (ابى حنيفة) ان الدار ملكت خالية من المؤن.والمعدن جزء منها فلا يخالف الكل .بخلاف الكنز . وكالدار

الارض التى ليس عليها عشر ولا خراج. وعلى ذلك فالحديث خاص بالاراضى المقرر عليها وظيفة. وأما إذا كان المعدن سائلا كالنفط أو جامداً لا ينطبع بالنار كالاحجار الكريمة فلا شيء فيه لبيت المال (راجع كتاب الزكاة)

الكنز

اما ان يكون من كنوز الجاهلية أو من كنوز الاسلام فان كان الاول فالخمس فيه لبيت المال على كل حال للحديث المتقدم واربعة الاخماس للواجد على كل حال أيضاً على قول أبي يوسف والأئمة الثلاثة وأما على قول الامام ومحمد ففيه تفصيل: وهو اذا وجد الكنز فى بقعة(١) مملوكة من دار أو أرض فاربعة الاخماس للمختط له. وان وجده فى أرض(٢) غير مملوكة لاحد فهو للواجد وإذا لم يوجد المختط له فيعطى لورثته وورثة ورثته الخ. فان لم يعرف له ورثة فقيل ان الكنز يوضع كله فى بيت المال وقيل انه يصرف الى اقصى مالك يعرف له فى الاسلام والا فالى بيت المال. وجه قول أبى يوسف ومن معه ان الكنز مال مباح سبقت يد الواجد اليه وهذا لانه من دفين الكفار وقد وقع اصله فى يد الغانمين إلا انهم ماتوا قبل تمام الاحراز منهم فصار المستخرج أول محرز له فكان احق به كما اذا وجده فى أرض غير مملوكة، بخلاف المعدن حيث يكون لصاحب الأرض لانه جزء من الارض وهى مملوكة بجميع اجزائها لصاحبها. ووجه قول الامام ومحمد أن يد المختط له سبقت إليه وهو مال مباح فكان أولى به وهذا لان الامام لما ملك الارض صارت فى يده بما فى باطنها وهى يد الخصوص فيملك بتلك اليد ما فى باطن

الارض ثم البيع لم يخرج من ملكه لانه كالمتاع الموضوع فيها بخلاف المعدن لانه من اجزاء الارض كما تقدم فيخرج من ملكه بالبيع كسائر اجزائها وأما دفين الاسلام فحكمه حكم اللقطة :

الصيد

الصيد مباح سواء كان بالحيوان كالكلب والصقر أو بغيره كالنبل والرمح والشباك والفخاخ ونحو ذلك ويطلق الصيد على الحيوان الذى يصطاد ولا يكون إلا وحشياً ولا يسمى صيداً الا اذا كان ممتنعاً عن الانسان بقدرته على الفرار برجله أو جناحه أو غوصه فى الماء ومن أخرج صيداً عن حال صيديته فكانه قد امسكه وحازه فيكون أحق به من سواه والامثلة كثيرة

هذا وقد وضعت الحكومة لوائح الصيد وكذلك للبحث عن الاثار القديمة فلتراجع .

العقود الناقلة للملك والميراث

العقود الناقلة للملك أنواع: فمنها مايتم نقل الملك (١) فيه بالايجاب والقبول مع استيفاء الشروط كالبيع ومنها مالا يتم إلا بالقبض كالقرض ومنها ما يكون (٢) لازما لاينفرد أحد العاقدين بالرجوع فيه كالبيع وما يجوز الرجوع (٤) فيه كالهبة والوصية حال حياة الموصى ومنها مالايتم الملك فيه الا بعد موت المملك وهو الوصية وهكذا مما تراه مفصلا فى مواضعه

وسترى أحكام الميراث مفصلة فى مواضعها أيضا فلا فائدة فى الاطالة .

- الشفعة:

الكلام فى الشفعة يحتوى بيان معناها وسبب مشروعيتها وسبب الأخذ بها وما تثبت فيه وما تثبت به وطلبها وحكمها ومايبطله والحيلة لاسقاطها .

معنى الشفعة:

الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم سميت بذلك لمافيها من ضم البقعة المشتراة الى ملك الشفيع . وفى الشريعة حق تملك العقار (١) المبيع كله أو بعضه (٢) ولو جبراً على المشترى (٣) بما قام عليه من الثمن والمؤن (٤)

سبب مشروعية الشفعة وحكمتها

هو الضرر الذى ينشأ عن سوء المجاورة أو المخالطة على الدوام

سبب الأخذ بالشفعة أو علتها (٥)

هو اتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع اتصال شركة أو جوار (٦)

---

(١) ومافى حكمه كحق التعلى

(٢) اذا كان المشترى أحد الشفعاء

(٣) وقد يكون التملك برضاء المشترى كما سيأتى

(٤) هى النفقات التى تصرف لكتابة العقدوتسجيله واجرة الدلال ونحو ذلك

(٥) يفرق بين علة الحكم وحكمته . بأن علته موجبة وحكمته غير موجبة فالاتصال بسبب المجاورة أو الشركة علة للاخذ بالشفعة . وأما دفع الضرر فهو الحكمة . وقد يأخذ الجار بالشفعة ولا ضرر وقد يمنع من الاخذ بها مع وجود الضرر « انظر أصول الكرخى »

(٦) الشفعة عند الأئمة الثلاثة لاتكون الا للشريك وانظر الادلة فى الهداية والفتح والتبين وكذا اعلام الموقعين فى مبحث الشفعة

والشركة على نوعين شركة فى نفس العقار المبيع وشركة فى حقوقه. والشركة فى نفس العقار على ضربين . أولهما ان يكون للشفيع حصة شائعة فيه كثيرة كانت أو قليلة فان كانت الحصة التى يملكها الشفيع مفرزة عن العقار المبيع فلا يكون شريكا فيه . ثانيهما أن يكون للشفيع حصة شائعة فى بيت معين من العقار المبيع أو يكون له حصة شائعة فى أرض حائط الدار .

والشركة فى حقوق العقار اما أن تكون فى شِرْب خاص أو طريق خاص أو مسيل . وقد اختلف فى تعريف الشرب الخاص فقيل هو مالا تجرى فيه صغار السفن وقيل ما كان الشركاء فيه يُحْصَوْنَ عددا واختلفوا فى ذلك . فقيل لايحصى ، خمسمائة فمافوق . وقيل مائة . وقيل أربعون وقيل ، الاصح تفويض ذلك إلى كل مجتهد فى زمانه . وأما الطريق الخاص فهو غير النافذ أو النافذ الذى يملك أهله سده . وإن كانت سكة غير نافذة وهى مستطيلة فبيعت دار فى السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا، وان بيعت دار فى العليا فلاهل السكتين جميعا الشفعة . ولو كان نهر صغير تفرع منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق :

ثم الشركاء فى حقوق العقار من حيث استحقاق الشفعة سواء. فلا يفرق بين الملاصق منهم والمقابل ومن هو فى أول الزقاق أو فى آخره. والجار ما كان عقاره ملاصقا للعقار المبيع حقيقة أو حكما فاذا بيع بيت من دار فالملاصق للبيت المبيع ولاقصى الدار فى الشفعة سواء

لكونه ملاصقا حكما (١) وكل من صاحب العلو والسفل يعتبر جاراً

---

(١) فى الفتاوى الهندية ما نصه — دار كبيرة فيها مقاصير باع صاحب الدار مقصورة أو قطعة معلومة أو بيتا منها فلجار الدار الشفعة فيها كان جارا من أى جهة من نواحيها لان المبيع من جملة الدار والشفيع جار الدار فكان جارا للمبيع » وفيها أيضا ما نصه « فى شرح أدب القاضى للخصاف فى باب الشفعة فان كان لهذه الدار التى هذا البيت فيها جيران ملازقون فالذى هو ملازق هذا البيت المبيع والذى هو ملازق لاقصى الدار لا لهذا البيت فى الشفعة على السواء » هذه هى نقول المذهب وبها تعرف بطلان تلك الحيلة المشهورة لاسقاط الشفعة وهى ان تباع الدار الا ذراعا أو شبرا أو اصبعا فى جانب حد الشفيع ويمتد المتروك بطول الحد كما فى الدر المختار وغيره وذلك لأنه يصدق على المبيع انه بعض معين من الدار فاذا انتفى كون الجار ملاصقا لهذا المبيع حقيقة فهو ملاصق له حكما. وقد نقل ابن عابدين عن السائحانى إنه استشكل هذه الحيلة كما استشكلناها بما نقله الشرنبلالى عن عيون المسائل « دار كبيرة ذات مقاصير باع فيها مقصورة إلى آخر ماتقدم عن الفتاوى الهندية » ولكن ابن عابدين قال بعد ذلك ما نصه « أقول المشكل مافى العيون لاما هنا (أى فى الدر) فتأمل ! : » — وهذا فى غاية العجب من ابن عابدين حيث لم يسلم نقول المذهب الصحيحة ولعله لم يطلع عليها — ولا أدرى كيف نقل فى أوائل الكلام فى الشفعة عن القستهانى . أن الجار الملاصق المتصل بالمبيع ولو حكما شفيع كما إذا بيع بيت من دار فان الملاصق له ولاقصى الدار فى الشفعة سواء ولعله ذهل عن ذلك . وقد تعقبه الرافعى رحمه الله فى تقريره وقال ان عبارة العيون رواها الحسن عن أبى يوسف عن أبى حنيفة ورواها هشام عن محمد فلم يبق بعد هذا شك فى صحة النقل وبطلان الحيلة وجل من لا يسهو اهـ .

للآخر وكذلك من كان شريكا فى بناء الحائط دون أرضه أو فى خشبة موضوعة على الحائط أو كانت الأخشاب لأحدهما فهما فى جميع هذه الأحوال جاران .

والحاصل انه متى انتفت الشركة فى نفس الأرض فلا يعتبران شريكين .

وغير هؤلاء لاحق لهم فى الشفعة كالجار المقابل فى الطريق العام

مراتب الشفعاء

علمت مما تقدم أن الشفعاء أنواع وهم ليسوا جميعا فى استحقاق الشفعة سواء بل يقدم الأقوى فالأقوى . فيقدم الشريك (١) فى حصة شائعة فى العقار فان لم يكن أو كان وسقط حقه فى الشفعة بسبب ما فبعده الشريك فى حصة شائعة (٢) فى بيت معين من الدار وفى مرتبة هذا الشريك ، الشريك فى أرض حائط الدار (١) فان لم يوجد واحد منهما أو وجد وسقط حقه فى الشفعة فبعده الشريك فى (٣) حقوق المبيع الخاصة (٢) فان لم يكن أو كان وسقط حقه فى الشفعة فبعده الجار (٤) وجميع

(١) هذا هو مذهب محمد واصح الروايتين عن أبى يوسف لأن اتصاله اقوى من اتصال الجار والبقعة واحدة والرواية الاخرى عن أبى يوسف أنه يكون مقدما على الجار فيما هو شريك فيه وهو البيت أو أرض الحائط وأما ماعدا ذلك من بقية الدار فهو والجار فيه سواء فيكون بينهما مناصفة — وعلى هذه الرواية تقول « ماشفيع هو شريك وجار وقد أخذ الشفعه بكل من الشركة والجوار »

(٢) اذا اجتمع الشركاء فى حقوق المبيع قدم الشريك فى الشرب الخاص ثم الشريك فى الطريق الخاص ثم الشريك فى المسيل « انظر الدرر والفتاوى الهندية »

أنواع الجيران في استحقاق الشفعة في درجة واحدة لا ترجيح لنوع على آخر

ولا بد أن يطلب جميع الشفعاء الشفعة وقت علمهم بالبيع ولا ينتظر المتأخر منهم سقوط حق المتقدم فلا ينتظر الجار سقوط حق الشريك ثم يطلب وعن أبي يوسف انه مع وجود الشريك في الرقبة لا حق لغيره في الشفعة سواء سلم أم استوفى لانهم محجوبون به. ووجه ظاهر المذهب وهو أن لكل من الشفعاء حق الأخذ بالشفعة ولو تفاوتت مراتبهم ان السبب تقرر في حق الجميع الا أن للشريك في نفس العقار حق التقدم فاذا سلم كان الحق لمن يليه بمنزلة دين الصحة من دين المرض

ثم استحقاق الشفعة يكون بقدر الرءوس لا بقدر الانصباء فاذا كانت دار لثلاثة شركاء لأحدهم نصفها وللثاني ثلثها وللثالث سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلبه الشريكان بالشفعة فانه يقسم بينهما نصفين. وقال الشافعي رضي الله عنه. هي على مقادير الانصباء فيأخذ صاحب الثلث ضعف ما يأخذه صاحب السدس. واستدل على ذلك بأن الشفعة من مرافق الملك وتوابعه لأنها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالغلة والثمرة

واستدل أصحابنا بأن الشفعاء تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال واذا انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة. فهذا دليل على كمال السبب في حق كل منهم والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه ليثبت الحكم بقدر دليله

ما تثبت فيه الشفعة

لاتثبت الشفعة قصدا (١) الا فى عقار خرج من يد مالكه بعوض وذلك العوض مال . وقد الحق بالعقار حق القرار للعلو فاذا بيع العلو كان لصاحب السفل ولجميع الشفعاء طلب أخذه بالشفعة لأن حق التعلى يبقى على الدوام فصار كالعقار فتستحق الشفعة فيه وكذلك تستحق به كما سيأتى (٢)

فلا شفعة فى البناء والشجر اذا بيعا وحدهما دون الارض سواء كانت الارض مملوكة للبائع أو لغيره أو كانت وقفاً أو من الاراضى الاميرية وذلك لأن المبيع ليس بعقار ولا ملحقا بالعقار (٣) خلافا

(١) ولا تثبت فى غير العقار الا تبعا له كالبناء والغرس وآلة الحراثة فان الشفعة تثبت فى كل منها تبعا للارض

(٢) اذا انعدم العلو بعد بيعه أو بيع السفل فعلى قول ابى يوسف ان الشفعة فيه وبه تبطل لان الجوار بالاتصال وقد زال وعلى قول محمد أن الشفعه لا تبطل بذلك لانها ليست بسبب البناء بل بالقرار الذى هو فى حكم العقار وحق القرار باق بعد هدم البناء والراجح قول محمد

(٣) نقل فى الدر عن الكمال ان البناء إذا بيع مع حق القرار كالبناء فى الارض السلطانية أو أرض الوقف المحتكرة يلتحق بالعقار وقد ردوا عليه قوله هذا لوجود الفرق بين المقيس والمقيس عليه . قال ابن عابدين فى بيان هذا الفرق ان البناء فيما ذكر ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف الزوال لما قالوا ان الارض المحتكرة اذا امتنع المحتكر من دفع أجرة المثل لها يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره وكذا يقال فى الاراضى السلطانية اذا امتنع عن دفع ماعينه السلطان بخلاف العقار وحق القرار فان كلا منهما يبقى على الدوام فوضح الفرق

للكمال بن الهمام . ولا شفعة فى المبيع بشرط الخيار للبائع أو المبيع بيعا فاسدا لم ينقطع فيه حق الفسخ لأن العقار المبيع لم يخرج من يدمالكه فى الحالتين إذ له حق الفسخ.أما فى البيع بشرط الخيار فظاهر وأما فى البيع الفاسد فلأن حق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى اثبات الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح لأنه صار أخص بالمبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه وحده الفسخ أو الاجازة . وأما البيع الفاسد فليس الامر فيه كذلك

فاذا سقط خيار البائع فلزم البيع ثبتت الشفعة وكذلك إذاانقطع حق البائع فى البيع الفاسد بان قبضه المشترى وتصرف فيه تصرفايمنع فسخ البيع كأن بنى أو غرس فيه أو اخرجه من ملكه ببيع أوهبة أوغير ذلك.

ولا شفعة فى العقار الموقوف إلا اذا بيع بمسوغ شرعى فان الشفعة تثبت فيه.وكذلك لاشفعة فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو أرث أو وصية لعدم العوض وأما الهبة بشرط العوض ففيها الشفعة لانها بيع انتهاء ولابد من القبض وإلاّ يكون الموهوب ولا عوضه شائعا .الى آخر شروط العين الموهوبة. لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وإذا كان العوض غير مشروط فى العقد فان الشفعة لاتثبت فى الموهوب ولافى العوض ولا شفعة فيما ملك ببدل ليس بمال كأن يستأجر شخص طبيبا ليعالجه ثم يعطيه الاجرة دارا أو ارضا له وكأن يتزوج أو يخالع ويجعل المهر أو بدل

الخلع دارا مثلا وقال الشافعى رضى الله عنه : ان الشفعة واجبة فى كل ذلك لان هذه الاعواض متقومة فيأخذ الشريك الشفيع من الدار أو من الارض بقيمتها .

وإذا اقتسم الشركاء العقار المشترك فلا شفعة لجارهم بسبب القسمة لان القسمة ليست معاوضة محضة بل فيها معنى الافراز والشفعة ماشرعت الا فى المبادلة المطلقة .

ما تثبت به الشفعة:

يجب أن يكون المشفوع به عقاراً (أو ملحقاً به وهو حق التعلى) مملوكاً للشفيع وقت شراء العقار المشفوع فيه ويستمر مملوكا للشفيع حتى يقضى له بالشفعة فلا شفعة لشريك أو جار لا يملكان غير البناء والشجر لان ما يملكانه ليس بعقار ولا ماحقا به كما تقدم ولاشفعة لناظر الوقف أو مستحقه لانهما لا يملكان العقار الموقوف .

طلب الشفعة:

اذا علم الشفيع بالبيع والمشترى والثمن فانه يبادر بطلب الشفعة فوراً فى مجلس علمه بذلك [1] سواء علم يوم البيع أو بعده بزمن ويسمى

---

(١) فلو سكت بلا عذر ثم طلب بطلت شفعته لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض عنه ولحديث الشفعة لمن واثبها — ولو اخبر بكتاب والشفعة فى أوله أو فى وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ كما فى الهداية وعليه الفتوى كما فى جواهر الفتاوى . وفى رواية هشام عن محمد ان الشفيع له ان يطلب الشفعة مادام فى مجلس علمه بها وظاهر المتون على

هذا الطلب طلب مواثبة أى مبادرة وهو ليس لاثبات الحق بل ليعلم أن الشفيع غير معرض عن الشفعة ولايلزم الاشهاد على ذلك ولكنه يشهد احتياطا خوف جحود المشترى ثم يشهد على البائع ان كان المبيع فى يده لم يسلمه إلى المشترى أو على المشترى سواء كان المبيع فى يده أم لا أو عند العقار المبيع، أما الاشهاد على البائع فلان المبيع لايزال تحت يده وهذا كاف فى اعتباره خصما فاذا سلم المبيع الى المشترى صار أجنبياً وأما الاشهاد على المشترى فلانه المالك الحقيقى للعقار بعد البيع واما الاشهاد عند المبيع فلان الحق متعلق به. وكيفية الاشهاد أن يقول الشفيع (١) اشترى فلان هذه الدار (مثلا) وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا عليه. (٢) ويسمى هذا طلب اشهاد وتقرير وهذا الطلب لابد منه والغرض منه التوثق على تقدير الانكار. والمدة الفاصلة بينه وبين الطلب الاول مقدرة بالتمكن منه. فاذا تمكن ولم يطلب بطلت شفعته وإن لم يتمكن فلا تبطل ولو اشهد فى طلب المواثبة عند البائع أو المشترى أو العقار كفاه ذلك الاشهاد وقام مقام طلبين. وبعد هذين الطلبين يطالب عند القاضى فيقول (١) اشترى فلان الدار الفلانية وأنا شفيعها

هذه الرواية وقال فى الدر انها أصح من الأولى وقد اختارها الكرخى كما فى الهداية معللا بأنه لما ثبت له خيار التملك فلا بد له من زمان التأمل وهذا كلام معقول جدا وان كان ابن عابدين ذهب الى ترجيح الرواية الأولى تبعاً للزيلعى والخانية وشرح المجمع

***

بسبب كذا فمره يسلم الدار الى[(١)] ويسمى هذا طلب تملك وخصومة فاذا أخره الشفيع بعد الطلب الثانى شهرا [(٢)] بلا عذر بطلت شفعته وان أخره بعذر مقبول كأن يكون مريضا مرضا يمنعه من حضور مجلس القضاء أو مسافراً بعد طلب الاشهاد ولم يمكنه التوكيل فلا تسقط شفعته .

وخصم الشفيع فى اثبات الشفعة هو المشترى سواء تسلم العقار من البائع أم لم يتسلمه أو البائع قبل تسليم العقار الى المشتري . ومع ذلك

---

(١) وعلى القاضى ان يتحرى صحة الشراء وسبب الشفعة كل التحرى ثم يقضى بها بعد ذلك انظر الهداية وشروحها ص ٤٢١ فما بعدها

***

(٢) سقوط الشفعة بتأجيلها شهرا فاكثر بعد طلب الاشهاد هو مذهب محمد وزفر ووجهه أن الشفعة ان لم تسقط بتأخير الخصومه من الشفيع أبدا فان المشترى يتضرر بذلك لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهه الشفيع فقدر بشهر لانه آجل ومادونه عاجل وهذا القول هو المختار للفتوى دفعاً للضرر. وعن أبى يوسف أنه اذا ترك المخاصمة فى مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصمه فيه وهو قادر على المخاصمة دل ذلك على إعراضه وتسليمه. ومذهب الامام واحدى الروايتين عن أبى يوسف أن الشفعة لاتسقط لتأخير طلب الخصومة شهرا أو سنة أو أكثر بعذر أو بدون عذر وهذا هو ظاهر المذهب . وقال فى الهداية ان عليه الفتوى ولكنه قد عدل عنه كما تقدم ووجهه ان الحق متى ثبت واستقر فلا يسقط الا باسقاط من له ذلك الحق « انظر رد المحتار »

إذا كان العقار فى يد البائع وترافع الشفيع معه فلا تسمع البينة عليه حتى يحضر المشترى لأن القضاء على الغائب لا يجوز ولان أخذ المبيع من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبل قبض المشترى يوجب فسخ البيع . ومتى ثبتت الشفعة مستوفية شرائطها يفسخ القاضى شراء المشترى ولا يفسخ البيع من أصله . لئلا تبطل الشفعة لبنائها عليه: ويقضى للشفيع بالعقار المشفوع أى يحول المبيع من يد البائع إلى الشفيع :

وإذا كان من يستحق الشفعة أكثر من واحد وبعضهم حاضر والآخر غائب فلا ينتظر قدوم الغائب ولا يوقف له نصيب . بل يقضى للحاضر بجميع المبيع فان حضر الغائب وطلب الشفعة مستوفياً شرائط الطلب فان كان دون من قضى له بالشفعة فى المرتبة فانه يمنع لعدم الفائدة كأن يكون الغائب جاراً والحاضر شريكا وإن كان مثله قضى بينهما بالتساوى كأن يكونا شريكين فى نفس العقار مثلا وإن كان فوقه قضى له بجميع المبيع وبطلت شفعة الأول كأن يكون الأول شريكا فى حق المبيع والثانى شريكا فى حصة شائعة فى المبيع .

حكم الشفعة:

يثبت تملك الشفيع العقار المشفوع بأحد أمرين قضاء القاضى أو أخذه برضا المشترى ومع ذلك فالأخذ بالشفعة يعتبر شراء جديداً

بالنسبة للشفيع فله خيار الرؤية والعيب ولا يتقيد بما اشترط المشترى مع البائع من اسقاط الخيار. ولكن لا يلزم الشفيع بنقد الثمن فى الحال متى قضى له بالعقار المشفوع سواء كان ثمن المبيع حالاً أو مؤجلا على المشترى (١).
وإن أخذه الشفيع من المشترى ونقده الثمن رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه وصار كما إذا باعه المشترى بثمن حال وكان قد اشتراه مؤجلا ـ وإذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع لأن الثمن مازال باقياً ببقاء بعضه .

وتحقيق ذلك أن الثمن هو ما يتفق عليه البائع و المشترى ولو كان عشر القيمة الحقيقية فاذاً يكون الباقى بعد الحط هو الثمن الذى اتفقا عليه واما حط جميع الثمن فلا يلحق بأصل العقد لئلا يبقى البيع بدون ثمن والبيع بدون ثمن لا يجوز. وإن زاد المشترى للبائع شيئاً على الثمن فلا تلزم الزيادة لأن فيها ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها بخلاف الحط

---

(١) قال فى الهداية وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء أخذ بثمن حال وإن شاء صبر حتى ينقضى الأجل ثم يأخذ وليس له أن يأخذ فى الحال بثمن مؤجل. وقال زفر له ذلك لأن كونه مؤجلا وصف فى الثمن والأخذ بالشفعة يكون بالثمن فيأخذ الشفيع بأصل الثمن ووصفه. ورد عليه بأن الاجل إنما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المشترى وليس الرضا به فى حق المشترى رضا فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الغنى وسهولة الاعطاء عند التقاضى .

فان فيه منفعة له .

ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته لأنه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنهما من ذوات الأمثال وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما تملك به فيراعى بالقدر الممكن كما فى مسألة الضمان. وإن باع عقاراً بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته.

والشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المبيع ويترك بعضه جبراً على المشترى لكن إذا تعدد المشترون وكان البائع واحداً ودفعوا له الثمن فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقى وكذا ان بيع عقاران صفقة واحدة لمشتر واحد وكل من العقارين فى بلد فللشفيع أحد العقارين أن يأخذه بحصته من الثمن .

وإذا قضى للشفيع بالعقار فوجد المشترى قد وقفه أو جعله مسجداً فله نقض ذلك وإذا وجد المشترى قد زاد عليه شيئاً فاما أن يكون هذا الزائد مما يقبل الانفصال كالبناء والشجر أو لا يقبل كالدهن بالألوان .

فان كان الأول الثانى فالشفيع مخير بين أمرين « الأول » أن يترك العقار للمشترى « الثانى » أن يأخذه بالثمن الذى اشترى به وقيمة الزيادة

وإن كان الأول فالشفيع مخير بين ثلاثة أمور « الأول » أن يترك العقار للمشترى « الثانى » أن يأخذه بالثمن المسمى ويدفع قيمة

البناء أو الشجر مستحق القلع « الثالث » أن يكلف المشترى قلعها . ثم ان كان قلع البناء والشجر لايضر بالارض فلا يجبر المشترى على تركهما وإن كان القلع يضر بالارض أجبر على ابقائهما وأخذ قيمتهما مستحقين للقلع وهذا قول الطرفين وعن أبى يوسف . ان الشفيع يخير بين أمرين « الاول » أن يترك العقار للمشترى الثانى أن يأخذ العقار بالثمن المسمى وقيمة البناء والشجر قائمين غير مقلوعين .

دليل الطرفين . أن العقار المبيع تعلق به حقان حق الشفيع وحق المشترى ولكن حق الشفيع أقوى لأنه مقدم على حق المشترى شرعا فيكون المشترى قد بنى أو غرس فيما لغيره حق فيه أقوى من حقه فيكون فى حكم الغاصب . ودليل أبى يوسف أن المشترى غير معتمد فى البناء والغرس لثبوت ملكه بالشراء فلا يعامل معاملة الغاصب فيكلف بالقلع فان ذلك التكاليف من أحكام العدوان — والمختار للفتوى مذهب الطرفين وقد أفتى به المرحوم الشيخ (المهدى) مفتى الديار المصرية أكثر من مرة ولكن أصحاب مجلة الأحكام العدلية أخذوا بقول أبى يوسف (راجع مادة ١٠٤٤) وهو أرفق بالمشترى وإن كان الاول أدق نظراً .

وإذا وجد الشفيع أن العقار قد نقص فى يد المشترى فاما أن يكون النقص من نفس العقار أو من توابعه كالبناء والشجر فان كان من نفس العقار فان حصة التالف تسقط من أصل الثمن كان يكون العقار بجانب نهر فيتحول التيار على جزء منه فيذهب به أو يستحق

جزء من العقار ويقضى به للمستحق. وإن كان النقص فى توابع العقار كهدم البناء أو قلع الشجر فاما أن يكون ذلك بصنع المشترى أو صنع غيره أو بدون صنع أحد فان كان بصنع المشترى أو غيره فالشفيع مخير بين أن يترك وبين أن يأخذ الأرض بحصتها من الثمن وذلك بأن يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء قائما فيدفع من الثمن ما يخص الارض فقط. وإذا لم يكن النقص بتعدى أحد فاما أن يبقى انقاض وخشب بعد حصول التخريب والتلف أو لا يبقى شىء وعلى كل حال فالشفيع مخير إن شاء أخذ وإن شاء ترك فاذا اختار أن يأخذ فى الصورة الأولى يقسم الثمن على قيمة الدار أو البستان يوم العقد وقيمة الانقاض أو الاخشاب يوم الأخذ ويأخذ الشفيع الارض بحصتها من الثمن وليس له أن يأخذ النقض بالشفعة لأنه صار مفصولا فلم يبقَ تبعا. وفى الصورة الثانية يأخذ الشفيع الارض بكل الثمن.

إذا استحق العقار المبيع بعد أن قضى به للشفيع وأدى ثمنه فان كان قد أخذ من يد البائع وأدى إليه الثمن فالعهدة على البائع لأنه هو القابض للثمن ولان المبيع انتقل منه إلى الشفيع بعد أن انفسخ البيع بينه وبين المشترى. وإن كان قد أخذه من المشترى بعد أن قبضه من البائع وأدى إليه الثمن فان العهدة على المشترى لأنه هو القابض الثمن ولان المبيع انتقل منه إلى الشفيع.

وإذا بنى الشفيع أو غرس ثم استحق العقار المبيع رجع بالثمن فقط على من أعطاه إياه ولا يرجع بقيمة البناء والغراس لا على البائع ولا على

المشترى بل يقلعهما ويأخذ انقاضهما وإذا كان قلعهما يضر بالارض وأبى المستحق قلعهما فانهما يترکان له بقيمتهما مستحقى القلع . وعن أبى يوسف أنه يرجع بقيمتهما لأنه متملك من المشترى فيعتبر المشترى بائعاً له ويعتبر الشفيع مشتريا منه وقد تقدم أن المشترى يرجع على بائعه بالثمن وقيمة البناء عند أبى يوسف فكذلك الشفيع لأنه منزل منزلته ولكن المشهور عن أبى يوسف هو الرواية الأولى فلا بد اذن من بيان الفرق بين الشفيع والمشترى عنده على هذه الرواية . والفرق هو أن المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط على البناء والغرس من جهته أيضاً وأما الشفيع فهو ليس بمغرور لا من جانب البائع ولا من جانب المشترى لأنه يملك من صاحب اليد جبرا عنه .

ما يبطل الشفعة

ما يبطل به حق الشفعة نوعان . الأول : اختيارى . والثاني اضطرارى . والاختيارى نوعان صريح ودلالة . فالصريح كأن يقول الشفيع أبطلت الشفعة وأسقطتها أو أبرأتك منها أو سلمتها لك ونحو ذلك وشرط كون هذا الاسقاط معتبرا أن يكون بعد البيع وقبل الحكم للشفيع بالشفعة ولا يجوز قبل البيع ولا بعد القضاء لان اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وكذلك اسقاطه بعد تقرره بالقضاء لأنه فسخ له ولكن للشفيع أن يرده بخيار رؤية أو عيب . والدلالة أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالبيع والاعراض عن الشفعة كأن يترك الطلب فى مجلس علمه بالبيع من غير عذر أو يترك طلب الاشهاد مع

التمكن منه أو يؤخر طلب المخاصمة شهرا بلاعذر وكذلك إذا استأجر الشفيع العقار المشفوع من المشتري أو ساومه إياه بيعا أو أجارة أو أخرج العقار المشفوع به عن ملكه قبل تملكه العقار المشفوع فان شفعته تبطل في كل ذلك .

والحاصل إن الشفعة تبطل باظهار الرغبة عنها مطلقا ولكن إذا أخبر الشفيع بمقدار الثمن فاستكثره أو علم باسم المشتري فرضيه أو بلغه أن المبيع نصف الدار مثلا فسلم في الشفعة ثم تبين له أن الثمن أقل مما أخبر به أو المشتري غير من سمي له أو المبيع كل العقار لا نصفه فله طلب الشفعة في ذلك كله لأنه في الأول إنما سلم لاستكثار الثمن فاذا ظهر الثمن أقل مما سعى له بطل تسليمه وفي الثاني سلم لرضاه بجوار زيد والذي يرضى بجوار زيد لا يلزم أن يرضى بجوار بكر لتفاوت الجوار وفي الثالث إنما سلم لضرر الشركة والتسليم في البعض ليس تسليما في الكل .

فلو علم ان المبيع كل العقار فسلم الشفعة ثم تحقق ان المبيع نصفه مثلا فقبل فلا شفعة له لان التسليم في الكل تسليم في البعض . وعن أبي يوسف أن الشفعة لا تسقط لجواز أن يكون تسليمه في الكل لعجزه عن اداء ثمن الكل ولا يلزم من هذا عجزه عن اداء ثمن البعض وقد تكون حاجته إلى النصف فقط لتتم به مرافقه وقد استظهر شيخ الاسلام خواهرزاده أن ماجاء في ظاهر الرواية يحمل على ما إذا كان ثمن الكل والبعض واحدا بان كان ثمن الكل الفا وثمن النصف الفا كذلك

والاضطراري يكون بموت الشفيع بعد الطلبين الاولين وقبل الاخذ بالشفعة فاذا مات الشفيع قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته ولايكون لورثته حق فيها واذا مات بعد الاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي كانت الدار لورثته ولو لم يكن قبض الدار أو نقد الثمن وأما موت المشترى فلا تبطل به الشفعة . وقال الشافعي رضى الله عنه : أن الشفعة لاتبطل بموت الشفيع بل تنتقل إلى ورثته مطلقا لان الوارث يقوم مقام المورث وذلك بناء على أصله أن الحقوق تنتقل الى الورثة مطلقا لان الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه فيما هو له سواء كان عينا أم حقا . واحتج اصحابنا بان ملك الشفيع قد زال بالموت وملك المورث حدث بعد ذلك فيكون قد حدث بعد البيع ويشترط فى ملك الشفيع أن يكون حاصلا من وقت البيع الى ان يقضى له بالشفعة، ولما كانت هذه المسألة لانص عليها فى قانون الشفعة المعمول به فى المحاكم الأهلية والمختلطة فقد اختلفت آراء المحاكم فيها فأخذت محكمة دمنهور الجزئية بمذهب الاصحاب فى حكمها الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٩٠٦ وأخذ بعضها بمذهب الشافعية انظر حكم محكمة الاستئناف فى ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ .

الحيلة في اسقاط الشفعة

قال فى البزازية الحيلة بعد ثبوت الشفعة تكره بالاتفاق وقبل ثبوت الشفعة لابأس بها فى المختار لانه ليس بابطال وفى الدر نقلا عن صدر الشريعة الشفعة انما شرعت لدفع ضرر الجوار فالمشترى ان كان

ممن يتضرر به الجيران لايحل اسقاطها وان كان رجلا صالحا ينتفع به الجار والشفيع متغلب لايحب جواره فحينئذ يحتال فى اسقاطها . وفى كتاب الاقناع فى مذهب الامام احمد رضى الله عنه ماخلاصته . لاتسقط الشفعة بالاحتيال لانها شرعت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر . والحيلة أن يظهر العاقدان فى البيع شيئا لايؤخذ بالشفعة معه ويتواطآ فى الباطن على خلافه ثم سرد انواعا من الحيل ثم قال بعد ذلك . فالشفيع على شفعته فى جميع هذه الصور ثم بين كيف يتوصل الى الاخذ بالشفعة ويتخلص من تلك الحيل وماقاله صدر الشريعة حسن ومافى الاقناع أحسن منه لما فيه من إقفال باب الحيل المعطلة للشريعة وقد طابقت الاحكام الوضعية فى المحاكم غير الشرعية مذهب الامام احمد فى عدم الاعتداد بالحيلة المسقطه للشفعة وصدرت بذلك أحكام عديدة « انظر التعليقات القضائية على القانون المدنى » وإذا اردت إن تعرف الحيلة المسقطة للشفعة فراجعها فى الدر المختار والفتاوى الهندية ترى العجب والله الموفق للصواب .

وضع اليد وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان[1]

لامانع من سماع الدعوى الا فى حالتين يمتنع فيهما سماعها صيانة للاموال وقطعا للاطماع الفاسدة وسدا لابواب التزوير والحيل .

---

(١) السبب فى ذكر هذا البحث هنا أن وضع اليد فى القانون المدة الطويلة معدود من أسباب الملك وهو ليس فى الشريعة كذلك فذكرهنا لاجل المقارنة

الحالة الاولى (١)

ان تقترن الدعوى بما يدل ظاهرا على أن المدعى ليس له حق فيما يدعيه ، وذلك (ا) اذا استام . أو استأجر . أو استعار ، أو استوهب العين التي يدعى ملكيتها ممن هي في يده . فان ذلك دليل بحسب الظاهر على انه غير مالك لها إذ الانسان لا يستام ولا يستوهب ملك نفسه . و (ب) إذا بيعت العين مع علم المدعى بالبيع وهو حاضر ساكت مع اطلاعه على تصرف المشترى فى العين تصرف الملاك من بناء وبيع ونحوهما . غير ان المدعى اذا كان قريبا للبائع كالابن والزوجة (٢) يكتفى فى منع سماع دعواه باطلاعه على البيع والتسليم للمشترى مع حضوره وسكوته وأما الاجنبي فلا يكفى ذلك لمنع سماع دعواه بل لا بد من علمه بتصرف المشترى فى العين المبيعة تصرف الملاك (وقد جعلت العلة فى ذلك كثرة اطلاع القريب على قريبه وقرب شعوره بتصرفه فكان علمه بالبيع والتسليم للمشترى مع سكوته مرجحا لعدم ملكه للعين المبيعة . واما الاجنبي فليست له هذه الدرجة من العلم فللاحتياط اضيف الى علمه بالبيع والتسليم للمشترى علمه بتصرف المشترى)

الحالة الثانية

أن تترك الدعوى حتى يمضى على تركها مدة طويلة كما سترى من التفصيل الآتى .

---

(١) ولا يشترط فى هذه الحالة مرور المدة الطويلة المبينة فى الحالة الثانية

(٢) وقيل الصحيح أن دعوى الزوجة تسمع (راجع رفع الاشتباه عن كلام الاشباه) طبع الاستانه

الكلام على المدة : مقدارها ، ابتداؤها ، انقطاعها

مقدار المدة

مقدارها ثلاث وثلاثون سنة فى دعوى الوقف ودعوى الملك بسبب الارث (١) وخمس عشرة سنة فى دعوى الملك بسبب غير الارث ومنه دعوى الاستحقاق فى الوقف .

ولو تعاقب على وضع اليد أثنان فأكثر ضمت مدة واضع اليد الاخير الى مدة من كان واضعا يده قبله سواء انتقل الملك من الاول الى الثانى بطريق الارث أو بطريق الشراء أو بغير ذلك ـ ويعتبر مجموع المدتين أو المدد مدة واحدة

ابتداء المدة

تبتدئ المدة بوجود المقتضى لاقامة الدعوى وانتفاء المانع . اما المقتضى فهو ظهور الحائز للعين (٢) بمظهر المالك لها ، وأما المانع فهو العذر الشرعى الذى يمنع المدعى (٣) من اقامة الدعوى كأن يكون غائبا أو صبيا أو مجنونا لا ولى لهما ولا وصى ، أو يكون المدعى عليه ذا شوكة يخشى بأسه ، ومن الاعذار ما اذا كان المدعى عليه فى دعوى الدين معسرا وعلى ذلك إذا تصرف واضع اليد بما لا يدل على التملك كالاجارة والاعارة

(١) وقيل أن الدعوى الوقف لا تسمع بعد ست وثلاثين سنة وان دعوى الارث لا تسمع بعد خمس عشرة سنة .

(٢) ويقال له : واضع اليد ، وذو اليد ، والمدعى عليه

(٣) ويقال له : الخارج

فهذا التصرف لا يمنع سماع الدعوى من صاحب الحق مهما كان طول المدة ولو كان المدعى حاضرا ساكتا . وأما إذا كان تصرفه مما يدل على التملك كالبيع والهبة فان هذا التصرف يقتضى اقامة الدعوى فاذا تركت الدعوى بعد المدة المعينة مع انتفاء المانع فانها لا تسمع بعد ذلك والمدة بالنسبة للقاصر والغائب والمجنون والمدين المعسر والخصم ذى الشوكة تبتدئ ببلوغ القاصر وافاقة المجنون وحضور الغائب ويسار المدين وزوال شوكة الخصم .

انقطاع المدة

تنقطع المدة بأحد أمرين :

الأول ـ اقرار ذى اليد ان العين التى فى يده ملك للمدعى سواء أكان هذا الاقرار صريحا أو مدلولا عليه بقرائن الاحوال ، لان المانع من سماع الدعوى خوف التزوير على واضع اليد ولا تزوير عليه مع اقراره

الثانى — معارضة المدعى لواضع اليد فى العين المحوزة أثناء المدة ومنازعته اياه لان هذا يدل دلالة ظاهرة على ان المدعى غير تارك لحقه وايضا لم يتحقق شرط سقوط سماع الدعوى وهو كونه حاضرا ساكتا بدون طلب . ويشترط فى هذا الطلب أن يكون فى مجلس القاضى

(تنبيه) - إذا أقر واضع اليد ان العين التى فى يده ملك للمدعى فهذا الاقرار حجة على انها للمدعى وأنه ليس للمدعى عليه فيها حق . فلا يسقط حق المدعى فى هذه العين مهما كان طول المدة إذ منع سماع الدعوى انما هو لقطع الاطماع الفاسدة لا لبطلان الحق فان الحق لا يسقطه تقادم الزمن

نزع الملك

الاصل عدم انتزاع الانسان مال غيره الا برضاه ولكن استثني من ذلك نزع الملك في ثلاث حالات الاولى الاخذ بالشفعة وقد تقدم الكلام فيها . الثانية نزع الملك لقضاء الدين فاذا كان المالك مدينا بدين ثابت عليه شرعا وامتنع من أدائه بنفسه فعلى قول الصاحبين للقاضى ان يحجر عليه فى هذه الحالة ويمنعه من التصرف فى ماله إذا رفع غرماؤه الامر اليه ثم يطلب اليه ان يبيع ماله لايفاء الدين فان أبى باع عليه القاضى ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص إذا لم يكن لاحدهم دين ممتاز كدين الرهن.وحال بينه وبين كل تصرف يضر بالغرماء كالاقرار بماله لغيره وكبيعه بأقل من قيمته وكتواطئه مع ذى شوكة وبيعه له المال ظاهرا كيلا لايمكن نزعه منه ثم ان كان فى ماله نقود أدى الدين منها وان لم توجد أو وجدت ولم تف عمد الى مايكون بيعه أهون على المدين فيبيعه كالاشياء التى يخشى عليها التلف أو تكون معدة للبيع والاسترباح كعروض التجارة.فان لم تف بالبيع ترقى القاضى فى البيع حتى يبيع العقار أخيرا ومع ذلك فلا بد أن تترك له حاجاته الضرورية التى لايستغنى عنها بحسب مايليق بحاله ومنها مسكنه الضرورى وكذلك تترك له نفقته ونفقة أولاده الصغار وذوى ارحامه لأن حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء

وقال الامام . ليس للقاضى أن يبيع مال انسان بغير رضاه بل يحبس المدين حتى يؤدى الدين بنفسه اما ببيع ماله أو بالاستقراض أو

بالانهاب أو بأى طريق شاء لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه ولا يكون ذلك اكراها على البيع لأن المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأى طريق كان

واستدل الصاحبان على ماذهبا اليه بما روى أن معاذا رضى الله عنه ركبه دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص وبأن فى الحجر عليه نظرا لغرمائه كى لا يخرج المال من يده بحيلة ليضيع عليهم حقوقهم ولأن البيع واجب عليه لايفاء دينه فاذا امتنع ناب القاضى منابه كما ينوب عن العنين impuissant والمجبوب فى طلاقه إذا امتنع .والفتوى على قولهما .

الثالثة نزع الملك للمنافع العمومية كتوسيع الطرق وانشاء ترع أو سكك زراعية ينتفع بها الناس انتفاعا عاما ولكن لا يؤخذ الملك من يد المالك إلا إذا أدى اليه ثمنه مقدرا بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة وذلك لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.وقد نقل فى حاشية أبى السعود على منلا مسكين عن الزيلعى أنه إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة بعض ماحوله من الاراضى بكره وأدخلوها فى المسجد وهذا من الاكراه الجائز اه

ولا فرق بين الوقف والملك فى العقار الذى يؤخذ للمنافع العمومية ويكون هذا بالنسبة للوقف استبدالا ضروريا

وقد وضعت الحكومة لائحة لنزع الملك وصدر بها الأمر العالى فى ١٧ فبراير سنة ١٨٩٦ وعدلت بعض موادها بأمر عال آخر فى ١٢ يونية من السنة المذكورة فليراجعها من شاء

العقود والتصرفات

يطلق العقد شرعا على ربط الايجاب بالقبول . والانعقاد أثره وبه يظهر حكم العقد فى محله.

والايجاب مايصدر أولا من أحد العاقدين لأجل انشاء التصرف وبه يثبت التصرف الجديد فى المعقود عليه ، وهو شطر العقد

والقبول مايصدر ثانيا من العاقد الآخر مثبتا لذلك التصرف المنشأ وبه يتم العقد وهو شطره الثانى

وكما يكون الايجاب والقبول بالقول يكونان أيضا بالكتابة أو الاشارة أو الفعل (التعاطى)

وهاك مثالين لتوضيح ماتقدم من معنى العقد والانعقاد

(الأول فى البيع) إذا قال البائع للمشترى "بعتك هذا بكذا" فقال المشترى "قبلت" انعقد البيع . فقول البائع "بعتك" هو الايجاب لأنه أثبت بهذه العبارة حق الملك للمشترى فى المبيع وتنازله للآخر عنه فى مقابلة الثمن. وقول المشترى "قبلت" هو القبول لأنه رضى بما قاله البائع وتعهد له بالثمن . ويترتب على ذلك التزام كل منهما للآخر بما تعهد به وتغير حكم التصرف فى المبيع فقد كان قبل العقد ملكا وحلالا للبائع حراما

على المشترى فصار بعد العقد حراما على البائع وملكا وحلالا للمشترى ، وصارت زوائد المبيع مملوكة للمشترى من وقت العقد وقد كانت لولا العقد ملكا للبائع

(الثانى فى الزواج) إذا قالت امرأة لرجل "زوجتك نفسى على كذا" فقال "رضيت بذلك" انعقد الزواج بينهما . فقولها "زوجتك نفسى" هو الايجاب الذى أثبت به حل تمتعه بها ، وقوله "رضيت" هو القبول وبه يتم العقد . ويترتب على ذلك حل تمتعه بها بعد أن كان محرما عليه وارثه منها إذا ماتت قبله ووجوب المهر لها فى ذمته والنفقة عليه وارثها منه إذا مات قبلها ، وهذا هو أثر العقد

وإذاً لابد لكل عقد من عاقدين يصدر الايجاب من أحدهما والقبول من الآخر لكنه قد يكتفى بعاقد واحد كما فى الكفالة على احدى الروايتين عن أبى يوسف فى أن العقد يتم بايجاب الكفيل وحده وبهذا القول أخذ أصحاب المجلة العدلية . وكما فى الابراء فانه يتم بالايجاب وحده لما فيه من معنى الاسقاط ولكنه يرتد برد المبرأ لما فيه من معنى التمليك

وقد يتولى طرفى العقد عاقد واحد كالأب والوصى المختار فى بيع مال الصغير وشرائه لانفسهما وكالقاضى فى بيع مال أحد اليتيمين للآخر

وكل عقد يستلزم معقودا عليه وشيئا يكون به الربط من كلام ونحوه. وغرض العاقدين قد يكون مشروعا وقد يكون غير مشروع ، مفيدا أو غير مفيد إلا أن المعتبر شرعا هو الغرض المشروع المفيد

والتصرف أعم من العقد إذ هو التقلب في الامر مطلقا . وينقسم كل من التصرفات والعقود الى مجموعات كما ترى

(١) المعاوضات ويندرج فيها جميع المبادلة سواء أكانت مالا بمال كالبيع والقسمة أم مالا بمنفعة كالاجارة والمزارعة أم مالا بغير مال كالزواج والخلع .

(٢) التبرعات كالهبة والوصية والاعارة والوقف والابراء

(٣) مايكون تبرعا ابتداء ومعاوضة إنتهاء كالقرض والكفالة بأمر المكفول عنه .

(٤) الالتزامات كالحوالة والكفالة وحفظ الودائع

(٥) الاطلاقات كالامارة والقضاء والوكاله والمضاربة والطلاق والعتاق والايصاء والاذن للصبي بالتجارة

(٦) التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي.

(٧) الاسقاطات كالوقف والطلاق والعتاق والابراء وتسليم الشفعة بعد ثبوتها .

(تنبيه) بعض العقود والتصرفات قد يكون له أكثر من اعتبار واحد كالوقف والابراء يعتبر كل منهما تبرعا واسقاطا ، وكالطلاق والعتاق يعتبر كل منهما اطلاقا واسقاطا

أهلية العاقد والمتصرف

الانسان بالنظر لاهلية التصرف له ثلاث حالات

(الأولى) أن يكون تام الاهلية بأن يكون حراً بالغاً عاقلا مطلق التصرف فى أمواله وفى هذه الحالة تصح جميع عقوده وتصرفاته بنفسه ويصح أن يوكل عنه غيره فيها

(الثانية) أن يكون فاقد الاهلية بأن يكون صبيا صغيراً غير مميز [1] أو مجنونا [2] وفى هذه الحالة تكون جميع عقوده وتصرفاته باطلة لعدم العقل وفقدان التمييز وينوب عنه وليه أو وصيه. والمراد بالمجنون هنا من يكون جنونه مطبقا مستغرقا جميع أوقاته وأما من يجن تاره ويفيق أخرى فان عقوده التى يعقدها حال افاقته تكون صحيحة نافذة لان حكمه فى هذه الحالة حكم تام الاهلية.

(الثالثة) أن يكون ناقص الاهلية بأن يكون صغيراً مميزا أو معتوها يعقل البيع والشراء [3] والعقود والتصرفات بالنسبة اليها تنقسم ثلاثة أقسام:ـ

---

(١) الصغير البالغ اما أن يكون مميزا أو غير مميز فالمميز من يفهم البيع والشراء ويعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويميز الغبن الفاحش من اليسير فلا يغبن فى العشرة بخمسة (مثلا) وغير المميزمن لايعرف ذلك. وأقل سن التمييز سبع سنين

(٢) المجنون من زال عقله فاذا غلب الجنون على عقله واستوعب كل أوقاته كان جنونا مطبقا وان كان يجن تارة ويفيق أخرى كان جنونه متقطعا

(٣) المعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير. والعته نقصان العقل من غير جنون. ومن العته مايعقل صاحبه البيع والشراء كالصبي المميز ومنه مالا يعقل صاحبه البيع والشراء كالصبى غير المميز وأما المعتوه الذى لايعقل البيع والشراء فهو كالصبي غير المميز فى تصرفاته

أولها ـ أن تكون نافعة نفعا محضا كقبول الهبة والوصية وهذه تجوز مطلقا بدون توقف على اجازة ولى أو وصى

ثانيها — أن تكون مضرة ضررا محضا كاعطاء الهبة والطلاق والاقراض وهذه لاتجوز أصلا ولو أجازها الولى أو الوصى

ثالثاً ـ أن تكون دائرة بين النفع والضرر كالبيع والشركة والاستقراض وهذه تنعقدمتوقفة على إجازة الولىأو الوصى فإن اجازها أحدهما اجازة معتبرة والا بطلت فتبطل فى حالتين.

(الأولى) أن لا يجيزها الولى أو الوصى .

(الثانية) أن يجيزها اجازة غير معتبرة بأن كان فى العقد غبن فاحش [1] بالنسبة للصغير أو المعتوه أو اختل شرط من شروط الاجازة [2] .

(تنبيهات)

(الأول) كل ماجاز للولى أو الوصىاجازته من العقود والتصرفات يجوز للصبي اجازته بعد بلوغه ان بقى موقوفا.وما لا يجوز لهما اجازته لا يجوز للصبي اجازته بعد البلوغ .

(الثانى) ان العقود الدائره بين النفع والضرر منظور إليها من حيث نوعها لا من حيث أفرادها فان من أفرادها ما يكون نافعا نفعا ظاهراً للصغير أو المعتوه كأن يبيع شيئاً بأضعاف قيمته . ومنها

(١) انظر الغبن الفاحش فيما سيأتى قريبا
(٢) انظر اجازة البيع الموقوف فى كتاب البيع

ما يكون مضراً ضررا محضا كأن يبيع شيئاً بنصف قيمته . فلا يقال ينبغى أن ينفذ البيع فى الصورة الأولى بغير اجازة الولى أو الوصى كما لا ينفذ البيع فى الصورة الثانية ولو أجازه أحدهما لأن العبرة فى البيع واشباهه لأصل وضعه دون ما يعرض له باتفاق الحال والبيع فى أصل وضعه متردد بخلاف الهبة والاعتاق وجميع التبرعات .

(الثالث) إذا كان للصغير أو المعتوه أب أو وصى أو جد أبو أب فرأى القاضى أن يأذن للصبي أو المعتوه فى التجارة فأذن له وأبى أبوه أو وصيه أو جده فاذنه جائز وإن كانت ولاية القاضى مؤخرة عن ولاية الاب والوصى .

وكل تصرف صح فيه الاذن صحت فيه الاجازة لان الاجازة (١) فى الانتهاء كالأذن فى الابتداء .

وعلى ذلك إذا باع الصغير أو المعتوه المحجور عليهما بيعا فيه نفع ظاهر كأن يكون بضعف القيمة مثلا وأبى الولى أو الوصى أن يجيز هذا البيع مع ما فيه من الربح الظاهر فالاجازة تكون من القاضى وذلك لما للقاضى من ولاية رفع الظلم .

وقد ألحق فى الحكم بناقص الاهلية من حيث تقييد التصرف المحجور عليه (٢) لرق أو سفه أو غفلة أو دين على البيان والتفصيل الآتى :

---

(١) الفرق بين الاجازة والاذن ان الاذن هو الرخصة فى الفعل قبل وقوعه والاجازة هى الرخصة فى الفعل بعد وقوعه

(١) الحجر لغة المنع وشرعا منع شخص مخصوص عن تصرفه القولى ويقال لذلك الشخص الممنوع محجور

(المحجور عليه لرق) الحجر بسبب الرق ليس لنقصان الأهلية فان الرقيق مكلف كامل الرأي كالحر غير أنه وما في يده ملك المولى. فالمانع له من التصرف إنما هو حق المولى ولهذا يؤخذ العبد باقراره بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى. ولعدم نفوذه في الحال وتأخره إلى ما بعد الحرية جعل من المحجور عليهم وحكم الرقيق حكم الصبي المميز في العقود والتصرفات الماليه على ماتقدم.

(المحجور عليه لسفه [1]) اختلف في الحجر على السفيه فذهب أبو حنيفة رضي الله عنه إلى عدم الحجر عليه وذهب صاحباه الى الحجر عليه في التصرفات التي لا تصح مع الهزل وتقبل الفسخ كالبيع والهبة والاجارة ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق والزواج والعتاق والوصايا بالقرب من ثلث ماله. ومع اتفاق الصاحبين على الحجر على السفيه اختلفا في وقت الحجر عليه فقال أبو يوسف لا يحجر عليه إلا بحكم القاضي ولا يفك حجره إلا باذن القاضي. وقال محمد يحجر عليه بمجرد السفه ويزول الحجر بزوال السفه.

ويترتب على هذا الخلاف أن التصرفات التي تصدر عن السفيه بعد السفه وقبل حكم القاضي عليه بالحجر تكون نافذة عند أبي يوسف متوقفة على اذن القاضي عند محمد، وان التصرفات التي يباشرها بعد زوال السفه وقبل فك الحجر من القاضي موقوفة عند أبي يوسف على

---

(١) السفيه من يبذر ماله ويضيعه على خلاف مقتضى العقل والشرع فيما لا مصلحة له فيه ولا غرض صحيح

إذن القاضي نافذة عند محمد . والفتوى على قول أبي يوسف لأنه أضبط

(المحجور عليه لغفله) حكمه حكم السفية صيانة لماله ونظرا لمصلحته . وهذا على مذهب الصاحبين . وأبو حنيفه لايرى الحجر على المغفّل (١)

(المحجور عليه لدين) يمنع المدين من التصرف فى ماله إذا طلب غرماؤه الحجر من القاضي عليه . وهذا أيضا مذهب الصاحبين وأما مذهب الامام فعدم الحجر عليه .

(الاذن للصبي والمعتوه المميزين والرقيق بالتجارة) تقدم أن تصرفات هؤلاء الدائرة بين النفع والضرر تجوز بالاجازة المعتبرة . وكل ماصحت فيه الاجازه صح فيه الاذن فيصح الاذن لهؤلاء ممن تصح منه الاجازة لهم . وكل ماجاز لواحد منهم أن يباشره بنفسه جاز له أن يوكل عنه غيره فيه ممن يكون أهلا للتوكل واذاً تصح تصرفات هؤلاء التى يقتضيها الاتجار ويراد منها تحصيل المال كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والرهن والارتهان والمحاباة (هى البيع بأنقص من القيمة) والحط من الثمن بسبب عيب فى المبيع بقدر مايحط التجار . وتأجيل الدين وصلح أحدهم عن دين له فيسقط جزءا منه ويأخذ الباقى) ان لم تكن له بينة . ويجوز أقرار أحدهم بدين من ديون التجارة وبالوديعه والعارية ولا يجوز لهم الاقراض

(١) المغفل من لايهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه فهو ليس بمفسد ولاقاصد الفساد كالسفيه

ولا اعطاء الهبة الا مايتسامح فيه عادة ولا الكفالة عن غيرهم لان هذه كلها تبرعات والتبرعات لاتصح الا من تام الاهلية .

خلاصة – يتلخص مما تقدم أن جميع العقود والتصرفات لاتصح من المجنون والصغير غير المميز وكذا المعتوه الملحق به فى فقدان التمييز والعقود والتصرفات النافعة نفعا محضا أو الدائرة بين النفع والضرر تصح من ناقص الاهلية وهو الصبي والمعتوه المميزان والملحق بهما كالرقيق والسفيه الخ . ولكنها فى الحالة الأولى تكون نافذة غير متوقفة على اجازة أحد . وفى الحالة الثانية تتوقف على الاجازة أو الاذن كما تقدم . وولى كل من الصغير والمعتوه والمجنون ابوه ثم وصيه الذى يختاره ثم الجد ابو الاب ثم وصيه ثم القاضى ثم وصيه . وولى العبد سيده وولى السفيه القاضى . والتصرفات المضرة غير المالية تصح من الرقيق كالطلاق كما يصح ايضاً من السفيه هو والاعتاق وجميع مالا يقبل الفسخ كالزواج

وأما التبرعات كالهبة والوصية والصدقة والوقف وعقود الضمان والالتزام كالكفالة والحوالة [١] فلا تصح الا من الحر البالغ العاقل غير المحجور عليه .ويستثني من ذلك وصية السفيه بثلث ماله فى القرب فأنها تصح استحسانا .

---

(١) بالنسبة للكفيل والملتزم بأداء الدين المحال وأما حفظ الوديعة فيكفى فيه أن يكون المودع عنده مميزا عاقلا سواء كان بالغاء أم لاغير أن وجوب الحفظ عليه يشترط له كونه بالغاء فلو هلكت عنده وهو غير بالغ لايضمن ولو استهلكها لايضمن الا اذا كان مأذونا له فى التجارة أو قبضها باذن وليه .

وعقود المعاوضات في الاموال والمنافع لاتنفذ الا إذا كان

(١) المتصرف في العين المعقود عليها مالكا لها أو وكيلا عن مالكها
(٢) أو كان المتصرف وليا أو وصيا على المالك كما تقدم

ب - والا يتعلق بالعين المبيعة أو المستأجرة حق لغير مالكها بأن تكون مرهونه أو مستأجرة واذا نفذت هذه العقود فلا تلزم حتى تعرى من الخيارات كخيار الشرط والرؤية والعيب وسيأتي الكلام عليها مفصلا في آخر العقود .

وستأتي أحكام الوكيل مستوفاة في كتاب الوكالة . وأماتصرفات الاب والوصي فمحل الكلام عليها في الاحوال الشخصية .

تأثير الاكراه في العقود والتصرفات

(الاكراه)

الاكراه هو اجبار شخص على أن يعمل عملا بدون حق

وهو نوعان ملجيء وغير ملجيء فالاكراه الملجيء ما كان باتلاف نفس أو عضو أو اتلاف كل المال . وغير الملجيء ماكان بدون ذلك .

والاكراه الملجيء يعدم الرضا ويفسد الاختيار وغير الملجيء يعدم الرضا ولايفسد الاختيار .

(تنبيه) الرضا هو ارتياح الانسان للفعل لرغبة فيه والاختيار هو ترجيح فعله على عدمه فان كان مبنيا على رغبة صحيحة فهو اختيار صحيح وأن كان اختيارا لاهون الشرين فهو اختيار فاسد مثال ذلك :

رغب انسان فى بيع داره لينتفع بثمنها ورجح ذلك ثم باع فهذا البيع مبنى على رغبة صحيحة واختيار صحيح . انسان مسرور من داره قال له آخر بعها والا قتلتك فاختار أهون الشرين وباعها فهذا البيع لا رغبة فيه وفيه اختيار فاسد لانه لم يبن على رغبة. واذا قيل بعها وإلا اتلفت لك زراعتك فباعها فهذا بيع لا رغبة فيه وفيه الاختيار . ولا ينعدم الاختيار الا عند من لا شعور له .

شروط تحقق الاكراه

(١) يشترط أن يكون الحامل قادرا على ماهدد به .

(٢) أن يغلب على ظن الفاعل تنفيذ الحامل لما هدد به .

(٣) أن يفعل الفاعل الفعل فى حضور الحامل فإن فعله فى غيبته ولم يغلب على ظنه عوده فليس ذلك باكراه .

حكم الاكراه

جميع العقود التى تحتمل الفسخ يفسدها الاكراه والمراد بها العقود التى يملك العاقدان رفعها وذلك كالبيع والشراء والايجار والهبة والصلح وتأجيل الدين واسقاط الشفعة والكفالة والحوالة .

ومما يفسده الاكراه الاقرار وإبراء الدائن مدينهُ أو ابراء الكفيل بمال أو نفس .

كل ذلك يقع مع الاكراه فاسداً. وقال زُفَران هذه العقود تقع موقوفة لاتبتنى عليها آثارها الا باجازة المكرَه بعد زوال الاكراه فلا يملك المشترى المبيع ولو قبضه والصحيح أنها عقود فاسدة تبتنى

عليها آثارها فيملك المشترى المبيع بالقبض كما يملكه فى البيع الفاسد والمكره بالخيار بعد زوال الاكراه ان شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه وبالامضاء يزول الفساد . ولاينقطع حق الفسخ وان تصرف المشترى فى المبيع أو تداولته الايدى .

وأما التصرفات التى لاتحتمل الفسخ وهى مالايمكن للعاقدين رفعها وجعلها كأن لم تكن فلا يؤثر فيها الاكراه كالنكاح والطلاق والعتاق والآن لايقع طلاق المكره كما نص على ذلك المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

هذا حكم الاكراه على الاقوال .

أما الاكراه على الافعال فلا يؤثر منه الا الاكراه الملجىء ولا أثر للاكراه غير الملجىء . فاذا أكره على قتل نفس أو اتلاف مال لغيره اكراها ملجئا اعتبر كأن الفعل حاصل من الحامل وطولب هو به فيقتص منه فى القتل ويضمنه فى الاتلاف ويعتبر الفاعل كأنه آلة فى يد الحامل وان كان فى العقود التى تصح مع الاكراه اتلاف ضمن المكره ماتلف فلو أكرهه على عتق عبده فأعتقه بالقول صح العتق وضمن المكره قيمة العبد .

الغبن الفاحش والغلط الواقع فى العقود

الغبن الفاحش لايفسد العقد لكن اذا صاحبه تغرير كان للمغبون حق فسخ العقد أما إذ كان المغبون صغيراً أو كان المال الذى حصل فيه الغبن مال وقف أو من مال بيت المال فان العقد يفسد ويجب

فسخه مطلقا .

الغلط الواقع فى العقد . اذا كان المعقود عليه مسمى ومشاراً اليه فان أختلف جنسه فالعقد باطل لانعدام المعقود عليه كأن يباع فص على أنه ياقوت فاذا هو زجاج . وان اتحد الجنس واختلف الوصف انعقد البيع وثبت للمشترى خيار فوات الوصف فان شاء فسخ العقد وان شاء قبله كما اذا باع فصا (ليلا) على أنه ياقوت أحمر فاذا به أصفر

محل العقد وفائدته وقصد شرعيته

محل العقد هو المعقود عليه ويجب أن يكون قابلا لحكم العقد . ويصح أن يكون مالا أو منفعة أو عملا .

ويلزم لصحة عقود المعاوضات المالية أن يكون كل من البدلين معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة . وهذا التعيين يكون بالاشارة اليه أو الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد . أو يكون ببيان وصفه مع بيان مقداره وزنا أو كيلا أو عداً أو مساحة أن كان مما يقدر بشىء من ذلك . أو بأى بيان تنتفى به الجهالة الفاحشة . فاذا بقى بعد ذلك شىء من الجهالة فانه يزول عند الرؤية . ولايصح أن يكون الشىء المعدوم محلا لعقد المعاوضة الا فى السلم وسيأتى بيانه فى موضعه.

ويلزم أن يكون فى العقد فائدة لعاقديه وأن يكون مقصوداً شرعا وإلا كان فاسداً . مثال ماليس فيه فائدة للعاقدين بيع درهم بدرهم اتحدا وزنا ووصفا . ومقايضة أحد الشريكين حصته المشاعة بحصة

الآخر الشائعة المساوية لها فى دار واحدة وكذا اذا أحيل الصبي المميز الدائن على شخص ليس أملأ من المحيل المدين فان الحوالة لاتصح لعدم الفائدة .

ومثال ماليس مقصوداً شرعا أن يستأجر انسان دابة لا ليركبها بل ليجنبها أو يربطها بباب داره ليقول الناس ان له دابة لان هذا وان كان فيه فائدة فى نظر المستأجر الا ان تلك الفائدة لاقيمة لها فى نظر العقلاء وليست مما يقصد شرعا .

أحكام العقود

أحكام العقود لاتجرى الا فى حق العاقدين ولايلزم بها غيرهما . والعقود ان كانت غير لازمة كالوكالة والشركة انفرد بفسخها أحد العاقدين . وان كانت لازمة وتقبل الفسخ كالبيع والاجارة فلاتنفسخ الا بتراضيهما .

وإذا وقعت عقود المعاوضات المالية مستوفية شرائطها من حيث الصحة والنفاذ اقتضت ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين فى بدل ملكه والتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للآخر .

وإذا كان العقد على منافع الاعيان المالية وقد استوفى شرائطه فانه يقتضى الزام المتصرف فى العين (سواء كان مالكا لها أم غير مالك كالوكيل والولى والوصى وناظر الوقف) بتسليمها للمنتفع والزام المنتفع بتسليم الاجرة المستحقة .

والهبة بلا عوض لايتم عقدها الا بقبض العين الموهوبة قبضا

تاما.وكذا الهبة بشرط العوض فانه لايتم عقدها إلا بقبض العوضين.

والعقد الذى يعقده الفضولى أو الصغير المميز غير المأذون ومن فى حكمه ينعقد موقوفا غير نافذ ولايفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازه المالك فى الصورة الاولى والولى أو الوصى فى الصورة الثانية ووقعت الاجازة مستوفية شرائطها .

وإذا حصل فى ركن العقد أو محله خلل بان كان الايجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للعقد كالمجنون أوكان المحل غير قابل لحكم العقد كبيع مسجد مثلا كان عقداً باطلا لاينعقد أصلا ولايفيد الملك بأى حال .

وان سلم الركن والمحل كلاهما من الخلل ولكن لم تسلم منه الاوصاف الخارجة بان يكون المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالةفاحشة أو يكون العقد مقترنا بشرط من الشروط الموجبة لفساده كان عقدا فاسداً لايفيد الملك فى المعقود عليه الا بقبضه برضا صاحبه ويملك بالقيمةلابالثمن .

وإن سلم ركنه ومحله وأوصافه كلها من الخلل كان عقدا صحيحا يظهر اثره بانعقاده .

صيغة العقد

العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لاللالفاظ والمبانى . ولذا اعتبر بيع الوفاء رهنا وان كان منعقداً بلفظ البيع لانه لم يقصد به تمليك المبيع للمشترى بل الاستيثاق بدينه . ولو قال شخص لآخر وهبت

لك هذه الدابة بكذا قرشا كان بيعا بالاجماع . ومن ذلك ايضا ان الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المدين حوالة والحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة

وصيغة العقد قد تصدر مطلقة من كل قيد وقد تصدر مقيدة ولها فى ذلك أربع حالات كما سترى فى المبحث الآتى .

تعليق العقود بالشرط واقترانها به واضافتها
الى المستقبل وتنجيزها

العقود والتصرفات اما ان تصدر بصيغة منجزة أو مضافة أو مقترنة بالشرط أو معلقة عليه .

(فالمنجز) هو ماصدر بصيغة مطلقة غير مقيدة بشيء ماكأن تقول لشخص بعتك هذا الكتاب بكذا" فيقول لك "قبلت" . وحكم هذا العقد وقوعه فى الحال .

وكل مايملك تمليكه فى الحال يجب أن يكون عقده منجزاً ولا تصح اضافته إلى المستقبل . وذلك كالبيع والهبة والزواج .

(والمضاف الى زمن مستقبل) هو مالم يقصد حصوله فى الحال بل قصد وقوع أثره بعد زمن معين . كأن يقول شخص لآخر "آجرتك ارضى من ابتداء العام القابل بكذا فى السنة" فيقول المستأجر "رضيت" وحكم هذا العقد أنه ينعقد سببا فى الحال لكن يتأخر وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه . فعقد الاجارة المذكور ينعقد سببا فى الحال لملك المستأجر منفعة الارض المستأجرة بالاجرة المعينة .

ولكن لايقع حكم العقد الا من ابتداء العام القابل .

والعقود بالنظر الى الاضافة تنقسم الى قسمين .

« الاول » مالايكون الا مضافا الى المستقبل كالايصاء والوصية لانهما مضافان الى مابعد الموت دائما .

« الثاني » ماتجوز اضافته الى المستقبل ويجوز تنجيزه كالايجارة والعارية والاسقاطات والاطلاقات والالتزامات .

(والمعلق على الشرط) هو ماعلق حصوله على حصول شيء آخر بأداة من ادوات الشرط . مثال ذلك أن يكون لك على شخص دين فيقول لك شخص آخر "ان لم يؤد فلان مالك فى ذمته من الدين الى ستة أشهر فأنا كفيل به".

والتعليق اما على أمر محقق الوقوع أو مستحيله أو ممكنه . فان كان التعليق على امر مستحيل فالمعلق لغو غير معتبر . مثال ذلك ان يقول رجل لامرأته "ان دخل الجمل فى سم الخياط فأنت طالق". لايقع الطلاق لان مرادالزوج بهذه العبارة تأكيد نفى الطلاق . وكأن يقول شخص لآخر "ان حملت هذا الجبل على رأسك وهبت لك كل اموالى ."

وان كان التعليق على أمر محقق فالعقد منجز والتعليق صورى مثاله أن يقول شخص لآخر "ان كان فى ذمتك لفلان دين كذا فانا كفيل عنك به" فتبين حقيقة أنه مدين لفلان بما قال فالكفالة منجزة ويجوز مطالبة الكفيل بالدين فى الحال . وكأن يقول شخص

لآخر زوجني بنتك فقال قد زوجتها من فلان قبل هذا فكذبه الخاطب فقال « ان لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك » وقبل الآخر فظهر كذبه ينعقد هذا إذ التعليق بشرط كائن تحقيق . وان كان التعليق على أمر محتمل الوقوع فحكمه أن العقد يتأخر انعقاده حتى يوجد الشرط فيوجد هو بوجود شرطه كما يوجد المسبب بوجود السبب

والعقود والتصرفات من حيث جواز تعليقها تنقسم الى ثلاثة أقسام « الاول » مالايجوز تعليقه مطلقا ويشمل :

«١» مبادلة مال بمال أو مال بمنفعة كالبيع والاجارة ومبادلة مال بغير مال كالزواج .

«٢» التبرعات ماعدا الوصية

«٣» التقييدات

«٤» الرهن والاقالة

« الثاني » عكس الاول وهو مايصح تعليقه بالشرط مطلقا ملائما كان أو غير ملائم ويشمل

«١» الأسقاطات المحضة كالطلاق وتسليم الشفعة

«٢» الالتزامات التي يحلف بها كالحج

«٣» الوكالة والايصاء والوصية

« الثالث » مايصح تعليقه بالشرط الملائم فقط أي الموافق والمناسب لما شرط له ويشمل :

«١» الالتزامات التي لا يحلف بها كالكفالة والحوالة

« ٢ » الاطلاقات كالاذن للصبى بالتجاره

والمقترن بالشرط) هو ماصدر فيه الايجاب أولا غير مقيد بشىء ثم أعقب بشرط زائد عليه . مثال ذلك أن يقول شخص لآخر «بعتك هذه الدار بألف جنيه بشرط أن تزوج ابنى بنتك» فيقول الآخر «قبلت ذلك» . وينقسم الشرط المصاحب للعقد الى ثلاثة أقسام صحيح وفاسد وباطل .

فالصحيح ـ ما يقتضيه العقد مثل اشتريت منك هذه الدار على شرط أن تسلمها الى» . «وتزوجتك على شرط أن تنفق على» .. أو يؤكد موجبه مثل «بعتك فرسى بعشرين جنيها على شرط أن يكفلك فلان أو تأتينى برهن حتى تؤدى الثمن» . أو يكون قد ورد به الشرع مثل اشتريت منك هذه الدار بشرط أن أؤدى لك ثمنها بعد سنة» . أو جرى به العرف المعتبر شرعا مثل «بعتك هذه الساعة بشرط أن أصلحها لك مجانا كلما احتاجت الى الاصلاح لمدة خمس سنين

والفاسد ـ ما كان زائدا على ما يقتضيه العقد ولم يرد به الشرع ولا جرى به العرف وفيه نفع لاحد العاقدين أو لانسان غيرهما . مثل بعتك هذه الدار بشرط أن أسكن فيها أربعة أشهر بعد البيع» . وآجرتك هذه الارض بسعر أجرة الفدان الواحد ثمانية جنيهات فى السنة بشرط أن تقرض أخى الف جنيه لمدة عشر سنين

والباطل ـ ماكان زائدا على ما يقتضيه العقد ولم يرد به الشرع ولا جرى به العرف وليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا لانسان غيرهما

مثل "آجرتك هذه الأرض بشرط أن لا تزرعها بنفسك ولا تؤجرها لأحد". "وبعتك هذا الكتاب بشرط أن تحرقه"

والعقود والتصرفات من حيث اقترانها بالشرط تنقسم الى قسمين

الاول - يشمل العقود والتصرفات التى يختلف حكمها باختلاف ما يصاحبها من الشروط فاذا اقترنت بالشرط الصحيح صحت ووجب العمل بالشرط. واذا اقترنت بالشرط الباطل صحت هى وبطل الشرط واذا اقترنت بالشرط الفاسد أفسدها

ويدخل تحت هذا القسم كل ما كان مبادلة مال بمال أو مال بمنفعة كالبيع والاجارة

الثانى - يشمل العقود والتصرفات التى تصح اذا اقترنت بالشرط مطلقا ولا يفسدها الشرط الفاسد. ويدخل تحت هذا القسم جميع العقود والتصرفات المتقدمة فى التعليق ماعدا عقود المبادلات المالية سواء كان كل من البدلين مالا أو أحدهما مالا والآخر منفعة أو كلاهما منفعة ومن ذلك الزواج والرهن

(الخيارات)

خيار الشرط

هو أن يشترط فى العقد أو بعده الخيار بفسخه أو امضائه فهو من اضافة الشيء الى سببه أى الخيار الذى سببه الشرط. وقد علمت أن العقود تنقسم الى قسمين الاول مالا يحتمل الفسخ كالزواج والطلاق

والثانى ما يحتمله . أما الأول فلا يدخله خيار شرط ولا رؤية ولا عيب كما هو مبين ومفصل فى موضعه . وأما الثانى فتحته قسمان (الاول) العقود اللازمة كالبيع والاجارة والمساقاة والمزارعة وقسمة القيميات المتحدة والمختلفة جنسا والصلح عن مال والرهن (بالنسبة للراهن) والكفالة والحوالة والابراء والوقف والاقالة والخلع وترك الشفعة بعد الطلبين الأولين . وفى هذا القسم يثبت خيار الشرط (الثانى) العقود غير اللازمة كالوكالة والهبة والوصية . وفى هذا القسم لايصح خيار الشرط كما لا يصح أيضا فى الصرف والسلم والاقرار . ومدة خيار الشرط فى الوقف والكفالة وللمحتال بالدين يجوز أن تكون ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل وفيما عدا ذلك ثلاثة أيام على رأى الامام وبما يحدده به العاقدان على رأى الصاحبين . وابتداؤها من ابتداء شرط الخيار سواء كان فى العقد أو بعده .

ويصح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقدين أو لأحدهما أو لأجنبى . فاذا جعل الخيار لكل منهما فلا يخرج البدلان عن ملكهما فى عقود المعاوضات المالية .وان جعل الخيار لأحدهما فلا يخرج ماله من ملكه وأما مال الآخر فعلى رأى الامام لا يدخل فى ملك من له الخيار كالمبيع لايدخل فى ملك المشترى إذا كان الخيار له وحده (ويكون المبيع موقوفا حينئذ) وعلى رأي الصاحبين يدخل فى ملك من له الخيار كالمبيع يدخل فى ملك المشترى فى الصورة المتقدمة . وإذا كان الخيار لهما جميعا فأجاز أحدهما العقد سقط خياره وبقى خيار الآخر حتى

يمضى العقد أو يفسخه أو تمضى المدة . والعقد ينفسخ إذا فسخه من له الخيار قولا أو فعلا فى المدة المعينة له ويشترط علم الآخر فى الفسخ القولى لا الفعلى . والفسخ القولى كل قول يدل على فسخ العقد ممن له الخيار والفعلى كأن يتصرف البائع فى المبيع (إذا كان له الخيار) ببيع أو هبة أو بناء أو غرس مما يدل على عدوله عن البيع . ويتم العقد ويلزم إذا أجازه من له الخيار قولا أو فعلا فى المدة المعينة ومثال الفعل أن يبيع المشترى المبيع (إذا كان الخيار له) أو يبنى فيه أو يهدمه أو يؤجره الخ . وإذا مات من له الخيار من المتبايعين فى اثناء المدة قبل الفسخ أو الاجازة فان العقد يتم ويلزم بموته ولا ينتقل الخيار للعاقدين؛ ومات أحدهما لزم العقد من جهته ويبقى الحى على خياره الى انتهاء المدة .

خيار الرؤية والعيب

هما أيضا من اضافة الشيء الى سببه :

خيار الرؤية يثبت من غير شرط فى أربعة مواضع (ا) الشراء للاعيان التى يلزم تعيينها ولا تثبت دينا فى الذمة فلا يثبت خيار الرؤية فى السلم (ب) والاجارة (ج) وقسمة غير المثليات (د) والصلح عن مال على شيء بعينه . فمن اشترى شيئا لم يره من الاعيان المذكورة او استأجر شيئا لم يره او قاسم شريكه قسمة تراض مالا مشتركا من القيميات المتحدة أو المختلفة الجنس ولم يكن رأى المال المقسوم او صالح عن دعوى مال معين على شيء معين لم يره فهو فى هذه الصورة كلها عند رؤية المبيع أو المستأجر او الحصة التى اصابته فى القسمة او بدل الصلح ان شاء قبل

وامضى العقد وان شاء فسخه ونقض القسمة . وله حق الفسخ والرد قبل الرؤية وبعدها مالم يوجد ما يبطل الفسخ قبل الرؤية او بعدها او يدل على الرضا بعد الرؤية (لان الرضا قبل الرؤية لايسقط خيار الرؤية) والذي يبطل خيار الرؤية هو تصرف من له الخيار فى العين تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق او يوجب حقا للغير كالرهن والاجارة سواء كان ذلك قبل الرؤية أو بعدها . فان تصرف تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بخيار للبائع والهبة بدون التسليم فان الخيار يبطل بعد الرؤية لا قبلها . وكذا يبطل بموت من له الخيار قبل الرؤية ولا ينتقل الخيار الى ورثته بل يلزم العقد .

وخيار العيب يثبت حق الفسخ به من غير اشتراط فى العقد فمن عقد عقد شراء أو اجارة أو اقتسم مع شريكه مالا مشتركا أو صالح عن دعوى مال معين على شيء بعينه فله فسخ العقد و نقض القسمة بخيار العيب إذا وجد فيما اشتراه أو استأجره أو أخذه بدل صلح أو فى الحصة التى أصابته فى القسمة عيبا قديما ولم يعلم به وقت العقد أو حين القسمة ولم يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه عليه او لم يشرط عليه العاقد الآخر انه برىء من كل عيب ظهر فيه . فان وجد شيء من ذلك (أى من رضائه بالعيب بعد اطلاعه عليه أو قبوله الشرط) سقط حق خياره ولزمه العقد والحصة التى أصابته فى القسمة .

ولا يبطل خيار العيب بموت من له الخيار بل يقوم وارثه مقامه فى ذلك .

كتاب البيع

معناه وركنه

البيع مبادلة مال بمال ويطلق على العقد مجازا لأنه سبب التمليك والتملك . وهو من الاضداد مثل الشراء فيطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ولكن إذا اطلق لفظ البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة . (١) ويتعدى فعله إلى مفعولين وقد تدخل من على المفعول الأول وربما دخلت اللام مكان من فيقال بعت زيدا الدار وبعت منه أوله الدار. ويقال باع عليه القاضي ماله أي من غير رضاه . والمراد بالمال فى التعريف السابق المال المتقوم . (وركنه) الايجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطى . ومن الايجاب والقبول يتكون العقد . وكل لفظين منبئين عن معنى التمليك والتملك يكونان ايجابا وقبولا وينعقد بهما البيع كما ينعقد بالكتابة (٢) والاشارة المعروفة للاخرس وكذلك ينعقد بالتعاطى وهو المبادلة الفعلية الدالة على التراضى بعد بيان الثمن ان لم يكن معلوما للمشترى . ولا بد من موافقة القبول للايجاب ولو ضمنا فاذا أوجب أحد العاقدين بيع شيء بشيء لزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للايجاب فلو قال له بعتك هذين الفرسين بأربعين جنيها فقبل المشترى أخذهما بثلاثين جنيها أو أخذ أحدهما بعشرين لا يصح البيع فلو قبلهما جميعا بخمسين جنيها حصلت موافقة الايجاب للقبول ضمنا وانعقد البيع على أربعين جنيها الا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة فى المجلس

(١) هى المتاع وما يتجر به

(٢) ويشترط القبول فى مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه .

يلزم المشترى حينئذ أن يعطيه عشرة الجنيهات التى زادها. وتكرار الايجاب قبل القبول يبطل الاول ويعتبر فيه الايجاب الثانى فلو قال البائع للمشترى بعتك هذا الشيء بمائة قرش ثم رجع فقال بعتك اياه بمائة وعشرين قرشاً فقبل المشترى يلغى الايجاب الاول وينعقد البيع على مائة وعشرين . ثم لا بد من أن يكون الايجاب والقبول فى مجلس واحد فاذا كان الايجاب فى مجلس والقبول فى مجلس آخر فلا ينعقد البيع وكذلك لو مات أحد المتبايعين أو رجع أو صدر منه قول أو فعل يدل على الاعراض بعد الايجاب وقبل القبول بطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك. ومتى حصل الايجاب والقبول مستوفيين شرائطهما فلا يثبت خيار المجلس للمتعاقدين . وقال الشافعى رضى الله عنه لهما الخيار مالم يتفرقا مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم «المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا» وأول محمد التفرق فى الحديث بتفرق الاقوال لا الابدان (وفى المقام بحث طويل ليس هذا محله)

ويصح أن يكون البيع منجزا أو بشرط الخيار أو بشرط آخر يقتضيه العقد أو يلائمه أو بشرط لغو ويبطل ذلك الشرط اللغو . ولا يصح البيع بالشرط الفاسد كما لا يصح تعليقه بشرط أو حادثة مستقبلة ولا إضافته الى وقت مستقبل (وقد تقدم بيان ذلك فى مبحث الشرط والتعليق) . ويصح بيع المؤجل بالمعجل كما سيأتى فى السلم

شرائط البيع

شرائط البيع أربعة أنواع : شرائط انعقاد وصحة ونفاذ ولزوم (فشرائط الانعقاد) أربعة أنواع : في العاقد، وفي نفس العقد ، وفي مكانه ، وفي المعقود عليه . فشرائط العاقد اثنان : العقل والعدد . فلاينفذ بيع مجنون وصبي لا يعقل ولا وكيل من الجانبين الا في الأب ووصيه والقاضي «١» . وشرط العقد واحد وهو موافقة الايجاب

(١) فيجوز للاب الذى له ولاية شرعية على ولده أن يبيع ماله لولده وأن يشترى مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغبن يسير اذا كان الأب عدلا أومستور الحال فلو كان فاسد الرأى سيء التدبير فلابد من الخيرية في البيع والشراء ، ولا يبرأ الاب في الشراء من الثمن حتى ينصب القاضي لولده فيما فيأخذ الثمن من الاب ثم يسلمه إليه ليحفظه لولده ، وان باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضا له بمجرد البيع فاذا هلك قبل التمكن من قبضه فضمانه على الاب . وأما الوصى الذى يختاره الاب فلا يجوز له أن يبيع مال نفسه لليتيم ولا أن يشترى لنفسه شيئا من مال اليتيم الا اذا كان في ذلك خير لليتيم (والخيرية في العقار أن يشتريه بضعف قيمته وان يبيعه لليتيم بنصف قيمته ، والخيرية في المنقول أن يشتريه بشمل زائد على قيمته بمقدار الثلث وان يبيعه له بثلثى قيمته . وفسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة لليتيم بيعا وشراء وان لم تكن على النسبة المتقدمه ، وأما القاضي فاذا كان له ولايه على أموال يتيمين جاز له أن يبيع مال أحدهما للآخر ، ولا يجوز له أن يبيع مال نفسه لليتيم ولا أن يشترى مال اليتيم لنفسه لان فعله قضاء وقضاؤه لنفسه لايجوز ، ولكن لو اشترى من الوصى شيئا من مال اليتيم أو باع ماله لليتيم وقبل وصيه جاز ذلك سواء كان هذا الوصى أقامه القاضي أو اختاره الاب والوصى الذى أقامه القاضي لايجوز له أن يشترى ولا أن يبيع من نفسه لنفسه شيئا من مال اليتيم مطلقا سواء كان في ذلك خير لليتيم أم لا وذلك لأنه وكيل عن القاضي وفعل الوكيل كفعل الموكل فكما أن ذلك لايجوز للقاضي فلا يجوز لوكيله . ولكن اذا اشترى هذا الوصى من القاضي أو باع جاز كما تقدم

للقبول (وقد تقدم) . وشرط المكان واحد وهو اتحاد المجلس (كما تقدم) . وشروط المعقود عليه ستة وهى كونه : موجودا ، ومالا ، ومتقوما ، ومملوكا فى نفسه ، وكون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه ، وكونه مقدور التسليم . فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كالحمل واللبن فى الضرع والثمر قبل ظهوره ، ولا بيع الحر والميتة والدم المسفوح ولا بيع الخمر والخنزير فى حق المسلم ، ولا بيع الكلأ ولو فى أرض مملوكة للبائع وكذا بيع الماء فى النهر أو البئر والصيد والحطب قبل الاحراز - ولا بيع ما ليس مملوكا له وان ملكه بعد البيع إذا كان باعه على أنه ملكه ويستثنى من ذلك المغصوب لو باعه الغاصب وضمن قيمته للمغصوب منه ، وكذا السلم لورود الشرع به وحاجة الناس اليه .

فاذا باع المال على انه ملك غيره كبيع الفضولى والوكيل جاز كما انعقد فى الاول موقوفا وفى الثانى نافذا - (ولا بيع معجوز التسليم كالآبق والطير فى الهواء والسمك فى البحر بعد أن كان فى يده

(وشرائط الصحة) كثيرة منها شروط الانعقاد المارة ذكرها لان ما لا ينعقد لا يصح ، ومنها عدم التوقيت فلو قال بعت لك هذه الدار لمدة سنة لا يصح ، ومعلومية المبيع والثمن علما يمنع من المنازعة فلا يصح بيع شاة من هذا القطيع ولا بيع الشىء بقيمته أو بحكم فلان « ومحل معلومية المبيع اذا احتيج فيه الى التسليم والتسلم فاذا كان المبيع تحت يد المشترى بطريق الغصب أو الامانة جاز بيعه بدون أن يبين قدره

لان العلة فى فساد العقد الذى لم يبين فيه قدر المبيع انما هى المنازعة عند التسليم من البائع والتسلم من المشترى وهذه العلة لا وجود لها فى الصورة السابقة » ومن شروط الصحة الرضا والفائدة فبيع المكره وشراؤه فاسدان وكذا بيع مالا فائدة فيه وشراؤه - ومعلومية الاجل فى البيع المؤجل ثمنه - وأن لا يباع شىء بدين على غير البائع - وأن يكون الخيار محددا بثلاثة أيام أو أقل أو أكثر (كما تقدم فى خيار الشرط) فان كان مؤبداً أو غير محدد فسد البيع - والمماثلة بين البدلين فى أموال الربا (كما سيأتى) - ووجود شرائط السلم - والقبض فى الصرف قبل الافتراق. وعلم الثمن الاول فى المرابحة والتولية والوضيعة .

(وشرائط النفاذ) هى شرائط الانعقاد والصحة اذ كل العقود التى لا تتصف بالانعقاد ولا بالصحة لا تتصف بالنفاذ (١) ويشترط للنفاذ زيادة على ماذكر شرطان أحدهما الملك أو الولاية فلا يكون العقد نافذا إلا إذا كان البائع مالكا للشىء الذى يبيعه غير محجور عليه لصغر أو غيره - أو يكون للبائع الولاية على المالك وهذه الولاية تكون بانابة المالك أو الشارع فالأول الوكالة والثانى ولاية الأب والجد الصحيح والقاضى ومن قام مقام هؤلاء من أوصيائهم

ثانيهما أن لا يتعلق بالمبيع حق لغير البائع فلا ينفذ بيع المرهون والمستأجر إلا إذا أجازه من تعلق حقه به (وسيأتى تفصيل ذلك)

---

(١) ويستثنى من ذلك بيع المكره فانه ينعقد فاسدا نافذا

(وشرائط اللزوم) هي شرائط الانعقاد والصحة والنفاذ، وخلو البيع من الخيارات كخيار الشرط والرؤية والتعيين والعيب وغيرها مما هو مبين في مواضعه

حكم بيع المريض وشرائه وكل ماتقدم من الشروط انماهو بالنسبة لغير المريض مرض الموت (١) وأما هو فلا يخلو من أن يبيع لوارث أو لغير وارث. وعلى كل إما أن يبيع بمثل القيمة أو بغبن يسير أو فاحش وعلى كل إما أن يكون مدينا أو غير مدين. فان كان مدينا فاما أن يكون الدين محيطا بتركته أولا. أما بيعه لوارثه فلايجوز مطلقا ولو بمثل القيمة سواء كان مدينا أو غير مدين لكن إذا أجاز البيع سائر الورثة نفذوان لم يجيزوه بطل - وأمابيعه لغير وارثه فان كان بمثل القيمة جاز مطلقا. وإن كان بغبن يسير وعليه دين مستغرق لماله فان أصحاب الديون يخيرون المشترى بين أمرين أما أن يبلغ المبيع تمام قيمته واماأن يفسخوا البيع وكذا الحكم بالأولى إذا كان الغبن فاحشا فان كان المشترى قد تصرف في المبيع فان القيمة تلزمه. وإن كان غير مدين أو كان دينه غير مستغرق لماله فان كان النقص الذى حصل فى الثمن لايزيد على ثلث التركة بعد اخراج الدين منها كان البيع نافذا لازما لأن الانسان له أن يتبرع لغير الوارث بثلث ماله يؤخذ من تركته سواء أجاز الورثة ذلك أم لم يجيزوه، وإن كان النقص الذى حصل في الثمن يزيد على ثلث التركة بعد إخراج الدين فان الورثة

---

(١) هو ما يغلب فيه الهلاك ويعقبه الموت فعلا

مخيرون المشترى بين أمرين أما أن يؤدى لهم الزائد على الثلث ليكمل لهم الثلثين واما أن يفسخوا البيع . فلو كان لشخص ثلاثون فدانا قيمة الواحد منها مائة جنيه فباع فى مرض موته عشرين فدانا منها لغير وارثه باقل من الفى جنيه ثم مات فان كان عليه دين مقداره ثلاثة آلاف جنيه أو أكثر خير المشتري بين ابلاغ الثمن إلى الفى جنيه أو يفسخ البيع ، وان مات وليس عليه دين فان كان الثمن الذى باع به الف جنيه فأكثر جاز البيع وإن كان أقل لزمه ابلاغه إلى الف أو يفسخ الورثة البيع . وإن كان دينه ستمائة جنيه (مثلا) فان الباقى من التركة بعد إخراج الدين قيمته ٢٤٠٠ جنيه فان كان النقص فى البيع ثمانمائة جنيه فأقل نفذ البيع ولزم وان كان أكثر من ثمانمائة لزمه تأدية الزائد للورثة حتى يكمل لهم ١٦٠٠ جنيه وهو مقدار الثلثين بعد إخراج الدين

شروط المبيع وأوصافه

يلزم أن يكون المبيع موجودا وأن يكون مالا متقوما مقدور التسليم وأن يكون معلوما عند المشترى علما نافيا للجهالة الفاحشة . وذلك العلم يكون بالاشارة إلى المبيع إذا كان حاضرا فى مجلس البيع ، أو ببيان أحواله وأوصافه المميزة له عن غيره إذا كان غائبا . والمبيع يتعين بتعيينه فى العقد فيلزم البائع أن يسلمه بعينه للمشترى ولا يستبدل به غيره

(خيار الرؤية) المبيع اما أن يكون قد رآه المشترى وقت شرائه وقبله أولم يكن رآه فان رآه وقت الشراء ورضى به فليس له خيار الرؤية

بعد ذلك بل يلزم البيع ، وان رآه قبل الشراء ثم اشتراه عالما وقت الشراء انه هو الذي رآه من قبل فالحكم كذلك ، وقيل إن كان رآه لقصد الشراء فلا خيار له وإلا فله الخيار ، ورؤية الوكيل فى الشراء ورضاه كرؤية الاصيل ورضاه ، وكذا الوكيل بالقبض على رأى الامام لان تمام القبض بالرؤية وقد وجدت . وقال الصاحبان ان رؤية الوكيل بالقبض لاتسقط خيار الرؤية للموكل لأنه مأمور بالقبض فقط لا بالرؤيه . فان وجد المشترى المبيع وقت العقد متغيرا عن الحالة التى رآه عليها من قبل فله أن يرده ، وتكفى رؤية مايدل على العلم بالمقصود وذلك يختلف باختلاف الاشياء المبيعة والغرض من شرائها . وان المشترى لم ير المبيع لاوقت الشراء ولاقبله بل اشتراه بعد أن ذكر له جنسه، ووصفه أو أشير اليه أو إلى مكانه فان البيع يكون صحيحا ولكنه غير لازم ويكون للمشترى الخيار بفسخ العقد أو امضائه عملا بالحديث (من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وإن شاء تركه) . وهذا الخيار غير مؤقت بزمن حتى يصدر من المشترى مايبطله قولا أو فعلا أو بتعييب المبيع فى يده ، وقيل إنه مؤقت بمدة تمكن المشترى من الرؤية فان مضت تلك المدة ولم يفسخ لزم البيع . وكذا يلزم البيع إذا تصرف المشترى فى المبيع الذى اشتراه قبل ان يراه تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق أو يوجب حقا للغير كالبيع بدون شرط الخيار له أو رهن المبيع أو اجارته أو هلاكه واستهلاكه أو تعييبه فى يده، وكذا يلزم البيع اذا مات المشترى قبل رؤية المبيع كما تقدم

والاشياء التي تباع على حسب أنموذجها تكفي روية الانموذج منها فان تبين ان المبيع دون الانموذج منها يكون مخيرا بين قبوله بالثمن المسمى أورده . وإذا كان المبيع دارا أو خانا يلزم روية كل حجرة منها إلا إذا كانت مصنوعة على نسق واحد فيكفي روية واحدة منها واذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة فلا يلزم البيع حتى يرى المشترى كل واحد منها فاذا رأى بعضها فقط فله الخيار عند روية البعض الآخر ان شاء أخذ الجميع بالثمن المسمى لها أو فسخ البيع وردها جميعها وليس له أن يأخذ ما رآه ورضى به ويترك مالم يكن رآه لئلا تتفرق الصفقة فيضر البائع .

ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره — وبيع الاعمى وشراؤه صحيح الا أنه يخير فيما اشتراه بدون أن يعلم وصفه فاذا وصف له شيء وعرف وصفه ثم اشتراه لايكون مخيرا . ويسقط خياره بجس الاشياء التي تعرف بالجس وشم المشمومات وذوق المذوقات

(خيار فوات الوصف) اذا بيع مال بوصف مرغوب فيه فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف فالمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المبيع بكل الثمن المسمى ، ومثال ذلك بيع بقرة على أنها حلوب أو فرس على أنه من خيل السباق أو هذا الفص ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر ان البقرة غير حلوب وان الفرس ليس من خيل السباق وان الفص أصفر مثلا ، فان تصرف فى المبيع تصرف الملاك فلا حق

له فى رده لأن هذا التصرف دليل على رضاه وكذا اذا تعلق بالمبيع حق الغير ، وان حدث فيه مايمنع الرد يقوم مع الوصف المرغوب فيه وبدونه ويرجع على البائع بقدر التفاوت . وان مات المشترى قبل خياره ماانتقل حق الفسخ الى ورثته

(ما يجوز بيعه وما لا يجوز)

تقدم أن شروط الانعقاد فى المعقود عليه ستة فاذا توفرت كلها فى شىء واحد جاز بيعه وان تخلف شرط منها بطل البيع وقد تقدمت أمثلتها وما استثنى منها فى صفحة ٧٣

وبمراجعتها تعلم أن بيع المعدوم باطل فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الحمل ، ولكن الثمار التى ظهرت وانعقدت يجوز بيعها وهى على شجرها سواء كانت صالحة للأكل أم لا ، وكذا كل ما تتلاحق أفراده وتبرز شيئا فشيئا كالفواكه والازهار والخضر اذا ظهر أكثره فأنه يجوز بيع ما لم يظهر تبعاً لما ظهر صفقة واحدة لان الاقل يجوز أن يكون تابعاً للأكثر ، فلو كان الذى ظهر مساويا للذى لم يظهر أو أقل منه وبيعا صفقة واحدة فقيل أن البيع لايصح لان الشىء لايجوز أن يكون تابعا لمساويه أو للاقل منه ، وقيل يجوز البيع للتعامل دفعا للحرج .

ومما لايجوز بيعه حق التعلى لانه ليس بمال بل هو حق متعلق بالهواء ، وأما اذا كان العلو قائما فانه يجوز بيع العلو سواء كان مملوكا

لصاحب السفل أو لغيره ، ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار دائما فاذا انهدم العلو كان له أن يبنى على السفل علواً آخر مثل الاول

(بيع المشاع) يصح بيع حصة شائعة معلومة المقدار من عقار قبل افرازها ولو بدون اذن الشريك . فاذا كانت تلك الحصة من بناء أو شجر أو زرع ففى جواز بيعها تفصيل فيجوز البيع اذا لم يكن فيه ضرر للبائع أو المشترى أو الشريك ، فان كان فيه ضرر لواحد منهم فالبيع فاسد . فان كان البناء فى أرض محتكرة فانه يجوز لاحد الشريكين أن يبيع حصته فى البناء للشريك الآخر أو لأجنبى اذ الارض المحتكرة ما دامت تدفع أجرتها فلا حق لأحد فى مطالبة أصحاب البناء بهدمه ، وبعضهم يرى أن الشريك الاول له حق اخذ الحصة المبيعة لاجنبي بالشفعة مستدلا بأن البناء فى الارض المحتكرة له حق القرار مادامت الاجرة تدفع ، فهو إذاً فى حكم العقار . ومثل البناء فى الصورة المتقدمة الشجر والزرع .

واذا بيعت حصة شائعة من الثمر بعد نضجه والزرع بعد ادراكه والشجر بعد بلوغ أوان قطعه للشريك أو لاجنبي صح البيع إذ لاضرر . وأما اذا باع أحد الشريكين للآخر حصته المشاعة كلها أو بعضها من الزرع قبل ادراكه أو من الثمر قبل بدو صلاحه أو من الشجر قبل بلوغ أوان قطعه فان كانت الارض مملوكة للمشترى ، أو كانت مستأجرة ، أو كان البائع قد باع حصته أيضا من الأرض

لشريكه فان البيع يكون صحيحا فى ذلك كله لانتفاء الضرر . فان كانت الارض ملكا للبائع فان البيع لا يصح لان البائع ربما كلف المشترى بقلع زرعه فيتضرر . وإذا باع أحد الشريكين حصته المذكورة لغير شريكه بدون بيع الارض فسد البيع فان لم يفسخ العقد حتى استوى الثمر وأدرك الزرع وبلغ الشجر انقلب البيع صحيحا . ويفسد البيع أيضا إذا بيع الزرع كله قبل ادراكه بدون الارض لان البائع ربما طالب المشترى بقلع الزرع فيتضرر المشترى فاذا لم يفسخ العقد حتى أدرك الزرع انقلب العقد جائزا .

(بيع المرهون والمستأجَر) ينعقد موقوفا على إجازة المرتهن والمستأجر أو سقوط حقهما فان أجاز البيع أو انفسخت الاجارة أو مضت مدتها ، أو قضى الراهن دينه أو ابرأه المرتهن منه نفذ البيع ، ولا ينزع العقار من المستأجر حتى يستوفى ما قدمه من الأجرة غير المستحقة ؛ وقيل لاحق له فى حبس العقار الا إذا أجاز البيع دون التسليم فان أجازهما كليهما بطل حق حبسه . وليس للمستأجر والمرتهن فسخ البيع ولا للمؤجر والراهن ، وأما المشترى فله خيار الفسخ قبل الاجازة سواء كان يعلم بالاجارة والرهن أم لا ، وقال أبو يوسف له خيار الفسخ ان لم يعلم بالاجارة والرهن . ويسمى هذا خيار ظهور الشيء مرهونا أو مستأجراً .

(بيع الفضولي (١)) من باع ملك غيره لآخر بدون إذن المالك فهو فضولي ينعقد بيعه موقوفا على اجازة المالك فان اجازه نفذ وان لم يجزه بطل ، والاجازة تكون بالقول كأن يقول المالك أجزت البيع أو يخاطب الفضولي بقوله أحسنت أو أصبت (غير مستهزئ به) وبالفعل كأخذه الثمن ، وأما سكوته فلا يدل على الرضا. ومتى أجاز المالك الفضولي اعتبرت أجازته توكيلا وصار حكم الفضولي كحكم الوكيل فيطالبه المالك بالثمن ان كان قبضه من المشترى ، فان لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشترى على أدائه للمالك لكن ان دفعه إليه صح الدفع وبرىء المشترى ، ولا تعتبر الاجازة إلا إذا كان كل من البائع والمشترى والمالك موجودا والمبيع قائما على حاله لم يتغير تغيرا يعد به شيئا آخر ، وان يكون الثمن باقيا ان كان عرضا معينا وذلك لان الاجازة فى حكم البيع ولا بد فى البيع من وجود ماذكر . وإن لم يجز المالك بيع الفضولي وكان المشترى قد أدى الثمن للفضولي غير عالم وقت الاداء أنه فضولي فله الرجوع عليه بالثمن ان كان قائما وبمثله ان كان هالكا ، فان أدى إليه الثمن عالما أنه فضولي وهلك الثمن فى يده فلا رجوع له عليه بشيء منه لأن الثمن حينئذ أمانة فى يده . وإذا سلم الفضولي للمشترى العين التى باعها له بدون اذن مالكها فان كانت قائمة استردها المالك وان هلكت فى يد المشترى فللمالك ان يضمن

(١) الفضولي هو الذى يشتغل بما لا يعنيه نسبة الى الفضول جمع فضل وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لاخير فيه ولهذا نسب إليه على لفظه .

قيمتها المشترى أو الفضولى وأيهما اختار ضمانه برىء ، أما المشترى فلهلاك العين فى يده وأما الفضولى فلتعديه على ملك غيره بدون حق شرعى :

كيفية بيع المبيع

مايكون ثمناً وما يكون مبيعا :ـ الثمن هو مايثبت دينا فى الذمة عند المقابلة . والاموال تنقسم إلى ثلاثة أقسام ، قسم يكون دائماً ثمناً وهو النقود ، وقسم يكون دائماً مبيعاً وهو القيمات وقسم متردد بين أن يكون ثمنا أومبيعا وهو المكيل والموزون والعددى المتقارب ، فانها اذا عينت فى العقد كانت مبيعة ، وإن لم تعين فان دخلت عليها الباء وقابلها مبيع فهى ثمن والا فهى مبيعة .

بيع المكيلات والموزونات بمكيلات وموزونات مع اتحاد الجنس أو اختلافه . اذا بعيت بغير جنسها كبيع قمح بشعير ، وعسل بسمن صح البيع ولو مع التفاوت فى القدر بشرط أن يكون البيع يدا بيد لا نسيئة . وان بيعت بجنسها كبيع قمح بقمح أو زيت بزيت صح البيع بشرط المساواة كيلا ووزنا وبشرط القبض ، لقوله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد » ولا يعتبر التفاوت فى أجناس المكيلات والموزونات بين الجيد والردىء ، ويكفى العلم بتساوى البدلين فى مجلس العقد فلو تبايعا مكيلا بمكيل من جنسه أو موزونا بموزون من جنسه مجازفة وعلم التساوى فى المجلس جاز .

كيفية بيع المقدرات وبيان مايصح من ذلك ومالا يصح :-

المقدرات هى المكيلات والموزونات والمزروعات والعدديات .
وهى تنقسم الى قسمين « الاول » مالا يضره التبعيض وتكون قيمة أجزائه منفردة كقيمتها مجتمعة ويدخل تحته المكيلات والعدديات المتقاربة وبعض الموزونات والمزروعات « والثانى » مايضره التبعيض أو تتفاوت قيم آحاده فالاول كبعض الموزونات والمزروعات التى لا تكون قيمة أجزائها على انفرادها كقيمتها مجتمعة كالاحجار الكريمة وكثير من المصنوعات والادوات . والثانى كقطيع من غنم .

وبيع المقدرات على أربع كيفيات

(الكيفية الاولى) ان تباع جزافا كبيع صبرة حنطة وزق عسل وثوب جوخ وسفط بيض بدون بيان كيل ووزن وذرع وعدد وهذا البيع صحيح بشرط ان يكون المبيع مميزا مشارا اليه

(الكيفية الثانية) ان تباع جملة منها مع بيان ثمن كل فرد وقسم منها كبيع ما ذكر فى الكيفية الاولى ببيان ثمن الاردب من الحنطة والرطل من العسل والذراع من الجوخ والبيضة الواحدة وهذا البيع صحيح أيضا

وفى هاتين الكيفيتين لا فرق بين ما يضره التبعيض وما لا يضره لأن البيع متعلق بالجملة كلها فلا خوف ولا ضرر ولا نزاع .

(الكيفية الثالثة) ان تباع جملة منها مع بيان مقدارها وثمنها .
كأن يقول بعتك هذه الصبرة من القمح على انها عشرون أردبا بخمسة وعشرين جنيها ، وما فى هذا الاناء من الزيت على أنه خمسة قناطير

بعشرة جنيهات ، وهذا الفص من الالماس على انه خمسة قراريط بمائتى جنيه ، وهذا الثوب من الجوخ على أنه عشر أذرع بثمانية جنيهات ، وهذا القطيع من الغنم على أنه أربعون شاة بستين جنيها وهذا السفط من البيض على أنه مائة بيضة بعشرين قرشا - وحكم هذا البيع أن المبيع اذا وجد عند التسليم تاما صح البيع فى الجميع واذا ظهر زائدا ففيما لا يضره التبعيض كالقمح والزيت والبيض يرد الزائد الى البائع لأن ذلك لا يفضى الى النزاع اما إذا أفضى الى النزاع كما هو الشأن فى العددى المتفاوت فالبيع فاسد لان القطيع المذكور ان ظهر خمسا وأربعين شاة فان الشاة الزائدة غير متعينة فيقع النزاع ، وفيما يضره التبعيض كالفص والثوب يأخذه المشترى بالثمن المسمى ولا خيار للبائع فى هذه الحالة . وإذا ظهر ناقصا ففى العدد المتفاوت يفسد البيع وفى غيره مما لا يضره التبعيض يخير المشترى بين أن يفسخ البيع أو يأخذ الموجود بحصته من الثمن فاذا ظهر ان الزيت أربعة قناطير ونصف فانه يأخذه بتسعة جنيهات ، وفيما يضره التبعيض يخير المشترى بين فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن لان النقص لا يقابله شىء من الثمن فى هذه الحالة

(الكيفية الرابعة) أن تباع جملة منها مع بيان مقدارها وثمن آحادها . كأن يقول بعتك هذه الصبرة من القمح على انها عشرون أردبا كل أردب بمائة وخمسة وعشرين قرشا ، وما فى هذا الاناء من الزيت على أنه خمسة قناطير كل قنطار بجنيهين ، وهذا الطست من النحاس على أنه ثلاثون رطلا كل رطل بخمسة قروش ، وهذا الثوب

من الجوخ على أنه عشر أذرع كل ذراع بثمانين قرشا ، وهذا القطيع من الغنم على أنه أربعون شاة كل شاة بمائة وخمسين قرشا، وهذا السفط من البيض على أنه مائة بيضة كل بيضة بخُمْسِ قرش ، وحكم هذا البيع أن المبيع اذا ظهر عند التسليم تاما صح البيع فى الجميع واذا ظهر زائدا فى العددى المتفاوت يفسد البيع منعا للنزاع وفيما لا يضره التبعيض يرد الزائد الى البائع وفيما يضره التبعيض يخير المشترى بين فسخ البيع او أخذ المبيع بحصته من الثمن . و إذا ظهر ناقصا فالمشترى مخير فى الجميع بين فسخ البيع و بين أخذ الموجود بحصته من الثمن

وفى الصور التى يخير فيها المشترى من كل ما تقدم اذا قبض المبيع مع علمه بانه ناقص لا يخير فى الفسخ بعد القبض

وكل ما جاز بيعه منفردا جاز استثناؤه من البيع فلو باع ثمر شجرة واستثنى منه كذا رطلا على أنه له صح البيع . واذا باع بقرة إلا جنينها فلا يصح البيع لان الجنين لا يصح بيعه منفردا . وكما يصح بيع العقار بالمتر أو الذراع يصح بيعه بتعيين حدوده

(خيار التعيين) لو بين البائع ثمن شيئين أو ثلاثة أشياء كلا على حدته من القيميات أو المثليات المختلفة على أن المشترى يأخذ أيا شاء بالثمن المعين أو على أن البائع يعطى أيا اراد بثمنه للمشترى صح البيع، ولا بد من توقيت هذا الخيار بثلاثة ايام او اقل على رأى الامام وبما يؤقته به العاقدان على رأى الصاحبين كما تقدم فى خيار الشرط ، فان كان الخيار للبائع فله أن يلزم المشترى بأحد الشيئين الا اذا تعيب أحدهما فليس له أن يلزمه بالمعيب الا برضاه فان لم يرض به فليس له أن يلزمه

بالآخر بعد ذلك ، ولو هلك أحدهما فى يده كان له أن يلزمه بالثانى فان هلكا معا بطل البيع ، وان كان الخيار للمشترى وهلك فى يده احد الشيئين تعين عليه أخذه ويكون الآخر فى يده امانة فان هلكا معا ضمن نصف كل واحد منهما لشيوع البيع. والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل احدهما مبيعا او امانة، وان تعيبا معا فالخيار على حاله وله ان يرد احدهما ، وان تعيبا على التعاقب اخذ ما تعيب أولا . واذا مات من له الخيار قبل التعيين انتقل حقه الى وارثه ويجبر على تعيين الشىء الذى يريد اعطاءه ان كان وارثا للبائع ، وعلى تعيين الشىء الذى يريد أخذه ان كان وارثا للمشترى

« ما يدخل فى البيع تبعا وما لا يدخل »

مسائل هذا الباب مبنية على ثلاث قواعد

(الاولى) كل ما يتناوله اسم المبيع عرفا يدخل فى المبيع بدون ذكره تبعاً

(الثانية) كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار سواء كان اتصاله خلقيا أو صناعيا فانه يدخل فى المبيع بدون ذكره تبعا

(الثالثة) مالم يكن من القسمين السابقين ان كان من حقوق المبيع أى توابعه التى لا بد له منها كالطريق الخاص (١) والشرب

---

(١) اذا لم يدخل الطريق فى المبيع وليس له مسلك الى الشارع فللمشترى أن يرده للبائع ان لم يعلم بذلك وقت البيع

والمسيل فانه يدخل فى المبيع تبعا اذا ذكرت الحقوق أو المرافق بأن يقول بعت لك هذه الدار أو الأرض بمرافقها أو بحقوقها ، فان لم تذكر الحقوق أو المرافق فلا يدخل شيء من ذلك . وما لم يكن من القسمين السابقين ولا من الحقوق فلا يدخل فى البيع إلا بذكره صريحا ، فلا يدخل الثمر فى بيع الشجر الا اذا اشترطه المشترى سواء بيع الشجر مع الارض أو وحده ، وكل ما لقلعه مدة ونهاية معلومة فهو مثل الثمر ، وكذا الزرع إذا نبت وله قيمة فان لم ينبت أو نبت ولا قيمة له فانه يكون تبعا للارض اذا بيعت بدون ذكره وذلك لسقوط تقومه ،فاذا رضى المشترى ببقاء الزرع بأجر المثل حتى يدرك صح ذلك وكان الزرع للبائع ،

ويتفرع على القاعدتين الاوليين دخول البناء فى بيع الدار وما كان مثبتا فى أرضها خلقة كالحجارة الخلقية وكذا بستانها الداخل فيها وأما الخارج عنها فان كان أصغر منها فهو تابع لها وان كان مساويا لها أو أكبر منها فهو غير تابع لها . وما لا يكون من بناء الدار ولا من توابعه فلا يدخل فى البيع إلا إذا جرت بذلك العادة وجرى به العرف . ويدخل فى بيع الارض تبعا بلا ذكر الأشجار المغروسة فيها للبقاء ، وأما الأشجار اليابسة التى لا ينتفع بها الا حطبا والاشجار المغروسة لتنقل من مكانها إلى مكان آخر فلا تدخل فى البيع إلا إذا ذكرت،وما ليس لقطعه مدة ونهاية معلومة كأصول الرطبة والقصب فانه يدخل فى المبيع تبعا كالشجر

وما كان فى حكم جزء من المبيع بأن كان لا ينتفع بالمبيع الا به فانه يدخل فى المبيع بلا ذكر ، فاذا بيعت بقرة حلوب لأجل لبنها يدخل رضيعها فى البيع تبعا . وإذا وقع خلاف بين البائع والمشترى فى شىء مما تقدم فالمرجع هو العرف وبه يرفع الخلاف . وكل ما يدخل فى البيع تبعا اذا هلك قبل التسليم لا يقابله شىء من الثمن فلو اشترى داراً فانهدم بناؤها قبل التسليم خير المشترى ان شاء أخذها بكل الثمن وان شاء ترك . والزوائد التى تحصل فى المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والنتائج تكون حقا للمشترى

« الثمن وما يتعلق به من الاحكام »

الفرق بين القيمة والثمن أن القيمة هى ما توافق مقدار الشىء وتعادله بحسب تقويم المقومين ، والثمن ما يقع به التراضى ويكون وفق القيمة أو أزيد أو أنقص منها . ويشترط لصحة البيع تعيين الثمن فى العقد وكونه معلوما للعاقدين ، فاذا لم يذكر الثمن أو ذكر وكان أحد العاقدين أو كلاهما لا يعرف معناه لم يصح البيع كما لو قال البائع للمشترى بعت لك هذا الشىء بثلاثين دولارا مع جهلهما أو أحدهما قيمة الدولار . والثمن أما أن يكون حاضراً أو غائبا فان كان حاضراً علم بمشاهدته والاشارة اليه ، وان كان غائبا علم بوصفه وبيان قدره . وإذا تعددت أنواع النقود المضروبة من الذهب والفضة وغيرهما فى بلد وكانت كلها رائجة لكن مقاديرها مختلفة (كالجنيه

المصرى والجنيه الانجليزى والجنيه المجيدى والبنتو ، وكأنواع الريال التى كانت متداولة بمصر قبل أن تضرب هذه النقود الجديدة) يلزم أن يبين فى العقد نوع الثمن منها وإلا فسد العقد ، ولكن إذا بين بعد ذلك فى المجلس ورضى به الآخر ينقلب العقد صحيحا لارتفاع الفساد قبل تقرره ، اذ تقرره وتحققه لا يكون الا بعد الافتراق .

وإذا وصف الثمن فى العقد لزم المشترى أن يؤديه من صنف النقود الموصوفة ، ولكن اذا كان الثمن مبينا بمقدار من الوحدات التى تذكر غير مقصودة لذاتها بل لبيان مقدار الثمن بها كالفرانك والقرش فانه يجوز اعطاء الثمن من مضاعفاتها كالبنتو والجنيه الخ . ولما كانت قيمة النقود قد تختلف باختلاف البلادأو تروج فى مكان دون مكان كما هو المشاهد فى النقود الفضية ، وربما تكون النقود رائجة فى زمن ثم تكسد بعد ذلك ـ كان من اللازم توفية البائع حقه غير منقوص وان لا يظلم المشترى فاذا أدى الثمن فى غير البلد الذى حصل فيه العقد وجب أن تكون قيمة المؤدى لا تزيد ولا تنقص عن قيمة الثمن فى مكان العقد ، واذا حل زمن الايفاء وكانت النقود التى عين منها الثمن قد كسدت أو انقطعت أو رخصت أو غلت فلا يجب على المشترى الا دفع قيمتها وقت البيع

تأجيل الثمن وتقسيطه يصح البيع بثمن حال ومؤجل الى أجل معلوم طويلا كان أو قصيراً ، ويجوز أن يكون مقسطاً على أقساط معينة ويؤدى كل قسط فى ميعاده فان تأخر عن إداء قسط لا تصير

الاقساط الاخرى حالة الا اذا كان ذلك مشروطا فى العقد . ومدة الاجل إذا حددت بتاريخ معين (كأن يتفق البائع والمشترى على تأدية الثمن فى أول يناير سنة ١٩١٠) فانها تنتهى بحلول الزمن المعين ، واذا كانت منكرة (كأن يتفق البائع والمشترى على تأدية الثمن بعد سنة) فان كان البيع خيار فان المدة تبتدىء منذ سقوط الخيار ، وان لم يكن فيه خيار فاما ان يمتنع البائع من تسليم المبيع للمشترى أو لا يمتنع ، فان امتنع كان ابتداء الاجل من وقت التسليم وان لم يمتنع فابتداء الاجل من وقت العقد . فاذا مات المشترى فى أثناء المدة فان الاجل يحل بموته ولا يحل بموت البائع . وإذا لم يدفع المشترى الثمن حالا اذا كان معجلا أو عند حلول الاجل ان كان مؤجلا فلا يفسخ البيع بل يجبر المشترى على دفع الثمن فان امتنع يباع من متاعه ما يفى بالثمن المطلوب منه ، ولا يجوز للقاضى أن يمهل المشترى فى دفع الثمن للبائع مالم يكن المشترى معسراً لا يقدر على الوفاء فينتظر إلى الميسرة . وليس للمشترى أن يحبس الثمن الحال بعد قبض المبيع إلا إذا استحق المبيع بالبينة وفسخ البيع قبل اداء الثمن . والبيع المطلق الذى لم يذكر فى عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا إلا إذا جرى العرف بالتأجيل أو التقسيط فانه يعمل بالعرف .

وإذا بيعت سلعة بمثلها أو صرفت نقود بنقود يسلم البدلان معا لاستوائهما فى تعين كل منهما. فلا حاجة إلى تقديم أحدهما فى الدفع ، وأما إذا بيعت سلعة بثمن وكانت السلعه حاضرة دفع المشترى الثمن أولا ثم قبض

المبيع لان حق المشترى تعين فى المبيع فيقدّم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه لا يتعين بالتعيين ، فان كان المبيع غائباً لا يلزم المشترى دفع الثمن ، وكذا إذا كان للمشترى فى البيع خيار ، فان كان الخيار للبائع فله أن يطالب المشترى بالثمن ولو أخذه لا يسقط خياره

خيار النقد : إذا تبايعا على أن يؤدى المشترى الثمن فى وقت كذا،(١) وإن لم يؤده فلا بيع بينهما، صح البيع ، فاذا مضى الأجل المضروب ولم يؤد المشترى الثمن . أو مات المشترى فى أثناء مدة الخيار لم يصح البيع.

تصرف البائع فى الثمن والمشترى فى المبيع بعد العقد وقبل القبض

التصرف فى الثمن ـ الثمن قسمان « الأول » أن يكون حاضرا كما لو اشترى بيتا بهذه القناطير من القطن أو بهذه الدراهم فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة أو بيع أو غير ذلك « الثانى » أن يكون ديناً فى الذمة كما لو اشترى بيتاً بمائة قنطار من القطن أو بثلاثمائة جنيه فى الذمة فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه للمشترى بعوض أو بغير عوض كأن يكون البائع قد اشترى شيئاً بالثمن الذى له عليه أو استأجر به دارا له أو يهب الثمن للمشترى .

ولا يجوز تمليك الدين لغير من هو عليه إلا بالحوالة أو الوصية

---

(١) يلزم تحديد الوقت بثلاثة أيام على قول الامام وبما يتفقان عليه على قول محمد .

أو تسليط الدائن غيره على قبض الدين من المدين .

التصرف فى المبيع — إذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى فسخ العقد ،وكل عقد يفسخ بهلاك العوض قبل القبض لا يجوز التصرف فى ذلك العوض.فينتج من ذلك أنه لا يجوز التصرف فى المبيع قبل قبضه ، ولكن إذا كان المبيع لا يخشى هلاكه قبل قبضه كالعقار صح بيعه لانتفاء المحذور وهو انفساخ العقد على تقدير هلاك المبيع إذ هلاك العقار نادر ، وأما المنقول فلا يصح بيعه قبل قبضه لما تقدم (١) اذا اشترى مكيلا أو موزونا أو معدودا بشرط الكيل أو الوزن أو العدّ فلا يصح بيعه حتى يكال ويوزن ويعد لاحتمال الزيادة ولان الكيل الخ من تمام القبض.وأما الشراء مجازفة فلا يتوقف التصرف فيه على بيان مقداره لان البيع متعين بالاشارة اليه لا ببيان مقداره

حبس المبيع لقبض الثمن

الثمن إما أن يكون كله حالا أو كله مؤجلا او يكون بعضه حالا و بعضه مؤجلا فان كان الثمن مؤجلا فى عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق له فى حبس المبيع بل يلزم بتسليمه الى المشترى ولا يطالبه بالثمن الا بعد حلول الاجل ، وان كان الثمن حالا كله أو بعضه فللبائع حق حبس المبيع

---

(١) وأما العقود التى لا تتم الا بالقبض كالهبة والرهن فانها تجوز فى المبيع قبل قبضه مطلقا وكذا الوصية لانها اخت الميراث، واذا باع المشترى العين التى اشتراها قبل قبضها وسلط المشترى الثانى على القبض صح ذلك

لاستيفاء الثمن كله أو بعضه المشترط تعجيله فان باع أرضا بألف جنيه حالة أو نصفها حال و نصفها الآخر يدفع بعد سنة فله حق حبس الارض حتى يقبض من المشترى الف الجنيه فى الصورة الاولى وخمسمائة جنيه فى الصورة الثانية . فاذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد اسقط حق حبسه فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع . واذا أعطى المشترى البائع رهنا أو كفيلا أو أبرأه البائع من بعض الثمن فلا يسقط حق البائع فى حبس المبيع بل له حبسه حتى يستوفى الثمن بتمامه ، وذلك لانه ليس للبائع فى حالة الرهن أن يبيع المرهون ويستوفى الثمن منه الا باذن المشترى ورضاه اذ له حبسه فقط حتى يستوفى دينه، وفى حالة الكفالة لم يستفد البائع شيئا الا أنه بعد ان كان يطالب واحدا أصبح يطالب اثنين ، واما الابراء من بعض الثمن فلا يُسقط حق البائع من مطالبة المشترى بالباقى. واذا أحال البائع أحدا على المشترى بكل الثمن ان لم يكن قبض منه شيئا أو بما بقى له منه ان كان لم يقبضه كله وقبل المشترى الحوالة سقط حق البائع فى حبس المبيع. ولكن إذا أحال المشترى البائع بالثمن كله ان كان كله فى ذمته أو بما بقى فى ذمته ان كان أدى بعضه وقبل البائع الحوالة سقط حقه فى حبس المبيع ــ وهذا على قول أبى يوسف وقال محمد لا يسقط حق حبس البائع للمبيع فى هذه الحالة، وحجة أبى يوسف ان البائع انتقل دينه الى ذمة شخص آخر غير المشترى وهو المحال عليه فليس له حينئذ حق مطالبة المشترى واذاً لا حق له فى حبس المبيع عنه لانه غير مدين له بعد الحوالة ، وحجة محمد ان الثمن

ان كان قد انتقل الى ذمة المحال عليه ولكن حق مطالبة البائع به لم يسقط واذا يكون له الحق فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . واذا بيع شيئان أو أكثر صفقة واحدة وبيّن ثمنها جملة واحدة أو ثمن كل منها على حدته فللبائع حبس المبيع كله حتى يستوفى كل الثمن، فاذا كان لشخص أرض ومنزل وبستان باعها صفقة واحدة وكان ثمن الارض ثلاثة آلاف جنيه والمنزل الفين والبستان ألفا فأدى المشترى من الثمن ألفى جنيه وطلب الى البائع ان يسلمه المبيع كله أو المنزل فابى البائع أن يسلمه شيئا من ذلك حتى يؤدى كل الثمن فللبائع الحق فى هذا المنع حذار تفريق الصفقة ، وقيل يلزم البائع أن يسلم المشترى مادفع ثمنه اذلا حق له فى حبس شيء بثمن شيء آخر

هلاك المبيع وموت أحد المتبايعين مفلسا

المبيع إذا هلك فاما أن يكون هلاكه بفعله (كأن يكون حيوانا فيقتل نفسه) أو بفعل البائع أو المشترى أو شخص أجنبي أو بدون فعل أحد؛ فان هلك قبل القبض بفعل نفسه أو بفعل البائع أو بدون فعل أحد بطل البيع ويرجع المشترى على البائع بالثمن ان كان مدفوعا وذلك لأن المبيع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه ، وان هلك قبل القبض بفعل أجنبي فالمشترى الخيار ان شاء أمضى البيع ودفع الثمن ورجع على المتعدى وإنشاء فسخ البيع فيضمن البائع المتعدى قيمة المبيع اذا كان قيميا أو مثله ان كان مثليا ، وان هلك بفعل المشترى فان كان البيع مطلقا او بشرط الخيار المشترى فعليه ثمنه وان

كان البيع فاسدا أو بشرط الخيار للبائع لزمه مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا.

واذا مات المشترى مفلسا بعد تأدية الثمن فالمبيع ملكه خاصة سواء قبضه من البائع أم لم يقبضه. فاذا مات مفلسا قبل تأدية الثمن فاما أن يكون قد قبض المبيع أولا، فان لم يكن قبض المبيع فللبائع أن ان يحبسه حتى يستوفى ثمنه من تركة المشترى أو يبيعه القاضى ويؤدى للبائع حقه من ثمنه، فان زاد الثمن عن حق البائع يدفع الزائد لباقى الغرماء وان نقص عن حق البائع أخذ البائع الثمن الذى بيع به ويكون فى الباقى أسوة الغرماء (١)، وأن كان المشترى قد قبض المبيع ثم مات مفلسا قبل أداء الثمن فليس للبائع استرداد المبيع بل يكون مثل الغرماء فيقتسمونه جميعا (٢)! واذا قبض البائع الثمن ثم مات مفلسا قبل تسليم المبيع للمشترى فالمشترى احق به من سائر الغرماء ـ لأنه أمانة عند البائع وان كان مضمونا بالثمن ـ وله أخذه ان كانت عينه قائمة أو استرداد الثمن ان كان قد هلك عند البائع أو عند ورثته.

تسليم المبيع ومكانه ووقته ونفقاته

اذا لم يوجد مقتض لحبس المبيع وجب على البائع أن يسلمه إلى

(١) وإنما كان أحق به من سائر الغرماء (إذا لم يكن قبض الثمن) لأنه كان له حق حبس المبيع الى قبض الثمن فى حياة المشترى فكذا بعد موته

(٢) لأن المشترى ملكه وانتقل بعد موته الى ورثته وتعلق به حق غرمائه.

المشترى ، وتسليم المبيع بالتخلية بينه وبين المشترى على وجه يتمكن المشترى من قبضه بدون أن يمنعه مانع ومتى حصل التسليم صار المشترى قابضاً للمبيع . وكيفية التسليم تختلف باختلاف المبيع ، لأنه إما أن يكون عقارا أو منقولا . فان كان عقارا (كالاراضى والدور) فتسليمه يكون بالتخلية بينه وبين المشترى بحيث يتمكن من قبضه فإن لم يتمكن من قبضه بأن منعه شخص آخر من وضع يده على الارض أو الدار فلا تعتبر التخلية قبضا ، ويشترط أن يكون العقار قريبا من المشترى لا بعيدا عنه فلو أذن له بقبضه فى حالة البعد فلا يكون المشترى قابضا بمجرد الاذن وذلك لأن القبض الحقيقى لا يتصور فى هذه الحالة ، وهذا هو رأى الصاحبين ، وأما الامام فانه اعتبر التخلية قبضاً مطلقا سواء كان العقار قريبا أو بعيدا . وإذا كان العقار مما له قفل كالدار أو الخان فتسليمه يكون أيضا باعطاء المشترى مفتاحه مع الاذن له بقبضه والتخلية بينهما . ويشترط أيضا أن يكون المبيع مفرزا غير مشغول بملك البائع ، فان كان دارا مشغولة بمتاع البائع أو أرضا مشغولة بزرعه فلا يصح التسليم إلا إذا فرغ الدار من المتاع والارض من الزرع وإن كان المبيع منقولا فتسليمه يكون بطريقتين «الاولى» أن يتناوله المشترى من يد البائع وهذا هو القبض الحقيقى « والثانية » التخلية والاذن بالقبض وهذ يسمى قبضا حكميا أى أن الاحكام المترتبة عليه كأحكام القبض الحقيقى ، فان كان المبيع داخل مخزن أو نحوه يكون

تسليمه بدفع مفتاح المخزن إلى المشترى مع الاذن له بالقبض ، وكيل المكيلات ووزن الموزونات بأمر المشترى ووضعها فى الاوعية التى أعدها لها يعتبر تسليما . وإذا قبض المشترى المبيع ورآه البائع وهو يقبضه ولم يمنعه من قبضه يعتبر ذلك إذنا من البائع له بالقبض سواء كان قد أدى إليه الثمن أم لم يؤده ، فان قبض المشترى المبيع قبل تأدية الثمن المستحق أداؤه بدون إذن البائع لا صراحة ولا دلالة (كالصورة المتقدمة) فلا يكون قبضه معتبرا وللبائع حق استرداده ، فان هلك المبيع فى يد المشترى ينقلب القبض معتبرا ويلزم المشترى بأداء مافى ذمته من الثمن - وإذا كان المبيع موجودا وقت العقد تحت يد المشترى فاما أن تكون يده يد ضمان أو يد أمانة ، فان كانت يد ضمان بأن يكون قد اغتصبه أو اشتراه بعقد فاسد ثم اشتراه بعقد صحيح فان القبض الاول يقوم مقام القبض الثاني ، وإن كانت يده يد أمانة بأن كان قد استعاره ثم اشتراه بعقد صحيح فلا بد من قبضه بعد ذلك العقد فاذا لم يقضيه بعد العقد فهلك فانه يهلك على البائع لا المشترى اعتبارا للقبض الاول .

أين التسليم ومتى يكون : المشترى اما أن يشترط وقت العقد تسلم المبيع فى محل معين اولا ، ففى الحالة الاولى يجب على البائع تسليمه فى ذلك المكان المعين ، وفى الحالة الثانية اما أن يكون المشترى عالما بالمكان الذي فيه المبيع وقت العقد أو غير عالم به فان كان عالما لزمه تسلم المبيع فى المحل الذى كان يعلم بوجوده فيه ، وإن كان غير عالم فله الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء امضاه وتسلم المبيع حيث كان .

وقد علمت مما تقدم أن الثمن يجوز تأجيله وعلمت متى يحبس المبيع لقبض الثمن ومتى يسقط حق حبسه ، فاذا نقد المشترى الثمن للبائع وجب على البائع تسليم المبيع له فى الحال ، وكذا لو كان الثمن مؤجلا على ماتقدم فى موضعه ، فلو اشترط البائع فى عقد البيع تأجيل المبيع المعين وتسليمه للمشترى فى وقت كذا فسد البيع ، لان الاجل فى المبيع المعين لامعنى له وذلك أن الأجل شرع ترفيها (أى تخفيفا وتوسيعاً) فيليق بالديون دون الاعيان لان الديون ليست معينة فى البيع فيحصل بالاجل الترفيه . وأما المبيع المعين فأنه معين حاضر لافائدة فى الالزام بتأخير تسليمه إذ فائدته الاستعمال به وهو حاصل فيكون إضرار بالمشترى من غير نفع البائع ـ ولو شرط المشترى أخذ المبيع فى وقت كذا قبل نقد الثمن للبائع جاز ذلك

مصاريف التسلم ولوازم تمامه : المصاريف المتعلقة بالثمن كعده ووزنه ومصاريف الحمل وأجرة كتابه السندات والحجج تلزم المشترى . ومصاريف التسليم كأجرة الكيل والوزن والقياس تلزم البائع

« رد المبيع بالعيب القديم ـ خيار العيب »

العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأهل الخبرة ، وهو أما قديم أو جديد ـ فالقديم هو ما كان موجودا فى المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو فى يد البائع قبل التسليم ، والجديد هو ما يحدث فى المبيع عند المشترى . فاذا بيع شىء معيب كثوب مثلا فاما أن

يقول البائع للمشترى أن فى هذا الثوب عيب كذا أو يقول له إنى برىء من كل عيب ظهر فيه ؛ فلو قبل المشترى المبيع فى الحالتين فليس له أن يرده فى الصورة الاولى بالعيب الذى ذكره له البائع فان ظهر فيه عيب آخر فله أن يرده بذلك العيب الآخر وفى الصورة الثانية ليس له أن يرد المبيع بأى عيب يراه فيه . فاذا لم يخبر البائع المشترى بأن المبيع معيب ، أو لم يشترط عليه البراءة من العيوب فأن البيع بهذه الصورة يقتضى أن يكون المبيع سالما خاليا من كل عيب ، فاذا ظهر للمشترى عيب قديم فيه فله الخيار ان شاء قبله بكل الثمن المسمى وإن شاء رده واسترد الثمن إن كان نقده للبائع (١) ولكن الرد يمتنع فى حالتين :ـ

(الحالة الاولى) ـ أن يتصرف المشترى فى المبيع تصرف الملاك بعد علمه بالعيب كأن يؤجر المبيع أو يرهنه أو يعرضه على البيع وفى هذه الحالة ليس له أن يرد المبيع ولا يرجع على البائع بنقصان العيب لان تصرفه هذا دليل على رضاه بالعيب

(الحالة الثانية) — أن يحدث فى المبيع ما يمنع الرد وتحت هذا قسمان :

« الاول » أن يمتنع الرد لسبب شرعى سواء رضى البائع أو لم يرض وذلك إذا حدث فى المبيع زيادة مانعة من الرد كصبغ الثوب

(١) اذا ظهر أن المبيع كله معيب لا ينتفع به بطل البيع ويكون للمشترى حق استراد الثمن من البائع أن كان نقده له

المبيع والبناء والغرس فى الارض المبيعة ثم أطلع المشترى على عيب قديم فى المبيع فانه يرجع على البائع بنقصان العيب ويمتنع الرد بسبب الزيادة لان هذه الزيادة لا يقابلها شيء فتكون بمنزلة الربا

« الثانى » أن يمتنع الرد لعدم رضا البائع وذلك إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشترى فليس له أن يرده بالعيب القديم مع وجود العيب الجديد فيه بل له مطالبة البائع بنقصان الثمن إلا إذا رضى البائع بأخذ المبيع على عيبه ، فاذا زال العيب الحادث عاد للمشترى حق الرد بالعيب القديم ، ويقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة الموثوق بهم فيقوم المبيع سالما ثم يقوم معيبا وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشترى على البائع بالنقصان . وإذا هلك المبيع المعيب فى يد المشترى فهلاكه عليه ويرجع على البائع بنقصان العيب

(تنبيه) متى امكن رد المبيع بحال فلا يرجع المشترى على البائع بالنقصان ، ومن أمثلة ذلك أن يخرج المبيع عن ملك المشترى ببيع أو هبة أو يتصرف فيه تصرفا لا يخرجه عن ملكه كاجارته أو رهنه ثم يعلم بالعيب بعد ذلك كله فلا يرجع بالنقصان إذ له رد المبيع بعد نقض الاجارة أو فك الرهن أو القضاء بفسخ البيع والرجوع فى الهبة (١)

---

(١) ما لم يمنع من ذلك مانع مما هو مبين فى الحالة الثانية المتقدمة فيمتنع الرد لوجود المانع ويرجع بالقصان . والاصل فى ذلك أنه فى كل موضع امكن

وإذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر فى بعضها عيب فاما أن يكون ذلك قبل تسليم المبيع كله للمشترى أو بعد تسليمه كله اليه ، وإما أن يكون فى تفريقها ضرر أولا ، فان كان قبل التسليم فالمشترى مخير أن شاء قبلها بالثمن المسمى وإن شاء ردها جميعا وليس له أن يرد المعيب وحده بلا رضا البائع لان فى ذلك تفريق الصفقة قبل التمام ، وإن كان بعد تسليم المبيع كله اليه فان لم يكن فى تفريقه ضرر فللمشترى أن يرد المعيب بحصته من الثمن سالما وليس له أن يرد الجميع بدون رضا البائع ، ومثل ذلك أن يكون المبيع قدرا معينا من المكيلات والموزونات موضوعة فى أكثر من وعاء واحد . وان كان فى تفريقه ضرر فله أن يرد المبيع كله أو يقبله بكل الثمن ، ومثل ذلك أن يكون المبيع قدرا معينا من المكيلات الخ موضوعا فى وعاء واحد او غير موضوع فى وعاء . وإذا وجد فى الحنطة أو الشعير أو غيرها من الغلال تراب فان كان قليلا بحيث لا يعد عيبا فى العرف فليس للمشترى رد المبيع ، وان كان كثيرا بحيث يعد عيبا فى العرف يخير المشترى بين أخذ المبيع بالثمن المسمى أو رده واسترداد الثمن ان كان مقبوضا

المشترى رد المبيع القائم فى ملكه على البائع (برضاه أو بدون رضاه) فاذا أزاله عن ملكه ببيع أو شبهة لا يرجع بالنقصان ، وفى كل موضع لا يمكنه رده على البائع فاذا ازاله عن ملكه يرجع بالنقصان

الغبن والتغرير

لايفسخ البيع بالغبن الفاحش بلا تغرير الا فى مال الصغير ، والوقف وبيت المال . وفيما عدا ذلك إذا غر احد المتبايعين الآخر أوغره الدلال فللمغبون المغرور فسخ البيع فاذا مات ولم يفسخ البيع فقيل ان خيار التغرير لاينتقل الى وارثه (قياسا على خيار الشرط) وقيل ينتقل إلى الوارث (قياسا على خيار فوات الوصف) واذا تصرف هذا المغرور فى المبيع تصرف الملاك بعد علمه بالغبن الفاحش سقط حق فسخه . وأما تصرفه فى بعض المبيع قبل علمه بالغبن فلايمنع رد الباقى والرجوع بالثمن بعد أن يرد الى البائع مثل ماتصرف فيه واذا هلك عنده المبيع أو استهلك أو حدث فيه عيب أو بني فيه بناء فلا حق له فى فسخ البيع ويلزمه جميع الثمن

فصل في أحكام أنواع البيع
(أى الأثر المترتب على كل نوع منها)

ينقسم البيع إلى صحيح وغير صحيح . والصحيح إلى موقوف ونافذ ، والنافذ إلى لازم وغير لازم — وغير الصحيح إلى فاسد وباطل ولكل من هذه الأنواع حكم يخصه

حكم البيع اللازم: ثبوت ملك المشترى للمبيع وملك البائع للثمن فى الحال فينتقل ملك المبيع للمشترى ولورثته ان مات قبل قبضه وكذا حكم الثمن بالنسبة للبائع . ويترتب على هذا البيع الأمور الآتية:ـ

الاول — الزام المشترى بدفع الثمن ان كان المبيع حاضرا والثمن نقدا وتأديته حالا إن كان حالا أو عند حلول الأجل إن كان مؤجلا

الثاني — الزام البائع بعد قبضه الثمن الحال بتسليم المبيع للمشترى فلو كان الثمن مؤجلا ولو بعد العقد ألزم البائع بتسليم المبيع قبل قبضه الثمن

الثالث — ضمان البائع الثمن للمشترى إن استحق المبيع ببينة أو باقرار المتبايعين ؛ أو هلك في يد البائع أو استهلك بغير فعل المشترى ؛ أو هلك بفعل أجنبي واختار المشترى فسخ البيع

الرابع — ضمان المشترى ثمن المبيع إذا قبضه قبل دفع الثمن.

ويزاد على أنه إذا هلك المبيع بخيار الشرط فى مدة الخيار بعد تسليمه المشترى فان كان الخيار للبائع بطل البيع ويلزم المشترى قيمة المبيع ؛ وإن كان الخيار للمشترى وهلك فى يده فلا يبطل البيع ويلزمه الثمن المسمى ؛ وكذا إذا تعيب المبيع فى يده فانه يلزم بدفع الثمن وليس له أن يرده على بائعه إلا برضاه.

حكم البيع الموقوف : أن يتوقف ملك المشترى للمبيع وملك صاحب المبيع للثمن على اجازة المالك اذا كان البائع فضوليا ، وعلى اجازة الولى أو الوصى إذا كان البائع المالك صبيا مميزا غير مأذون له بالبيع والشراء

حكم البيع الفاسد أن لا يملك المشترى المبيع إلا إذا قبضه برضا البائع ؛ ومادام المبيع قائما على حاله لم يتغير فلكل من المتبايعين فسخ

العقد ؛ فاذا تغير المبيع وتعذر رده (١) ضمن المشـترى مثله أو قيمته يوم القبض

حكم البيع الباطل: عدم انعقاده أصلا ؛ وإذا قبض المشترى المبيع فلا يكون مالـكا له ؛ وإن هلك في يده كان ضامناله (على الصحيح) وقيل لاضمان عليه لأنه أمانة في يده ؛ وذلك لأن العقـد إذا بطل بقي مجرد القبض باذن المالك وهو لايوجب الضمان إلا بالتعدى، ودليل القول الأول أن المبيع فى هذه الحالة لايكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء ، وإن المشترى قد قبضه لنفسه لا ليكون أمانة في يده

السَّلَمْ (٢)

هو شراء مثمن آجل بثمن عاجل (٣) وحكمه ثبوت الملك للمسلم اليه فى الثمن عاجلا ـ ولرب السلم فى المسلم فيه آجلا . ولا يصح السلم إلا فيما يمكن ضبطه وتعيينه قدرا ووصفا كالمكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة ؛ وأما العدديات المتفاوتة فى القيمـة كالبطيخ والرمان فلا يجوز السلم فيها عددا إلا ببيان صفتها المميزة لها «والقاعدة» التي يرجع اليها ان مالا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لايصح مسلم فيه لأنه يفضى إلى المنازعة . ويشترط لصحة السلم (ان

(١) بالهلاك أو بخروجه عن ملك المشترى كبيعه أوهبته أووقفه وكذا رهنه لتعلق حق الغير به ، وبتغيره تغيرا محسوسا بزيادة أو نقص

(٢) السلم بلغة هو السلف بلغة أهل العراق

(٣) ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم ؛ ويسمى الاخر المسلم اليه ، والشيء الذي أعطى المال لأجله المسلم فيه ، والثمن رأس المال

كان المسلم فيه حنطة أو قطنا أو خبزا أوشعيرا أوغير ذلك من الاشياء التى يمكن أن توجد ويمكن أن لاتوجد) ان تكون موجودة وقت العقد إلى وقت التسليم ليكون البيع بعيدا من الغرر بامكان التسليم (١) وأجل السلم شهر فأكثر لأن مادون الشهر عاجل والشهر وما فوقه آجل (٢) ولا بد من قبض رأس مال السلم فى مجلس العقد قبل الافتراق وإلا انفسخ العقد فاذا أبى المسلم اليه قبض رأس المال يجبر عليه ويشترط لصحة السلم سبعة شروط :-

الاول بيان جنس المسلم فيه كقطن أوبر أو شعير الخ

الثانى بيان نوعه كمسقى (وهو مايسقى بالماء الجارى) أو بعلى (وهو مايسقى بماء السماء)

الثالث بيان وصفه أي كونه جيدا أو وسطا أو رديئا

الرابع بيان قدره وزنا وكيلا وذرعا وعدا بحسب مايقدر به المبيع عادة ويشترط فى المنسوجات وصفها وصفا مميزا لها كبيان طولها وعرضها

---

(١) وذهب الأكثرون الى جواز السلم فيما ليس بموجود فى وقت العقد إذا أمكن وجوده فى وقت حلول الاجل وذلك قياسا على الثمن المؤجل من جهة ولئلا تتعطل المصالح من جهة أخرى ، فكما أن الثمن المؤجل لا يشترط وجوده وقت العقد الى وقت حلول الاجلا كذلك المبيع المؤجل ، فهما فى ذلك سيان

(٢) وقيل لافرق بين الاجل القريب والبعيد بل يرجع فى ذلك الى عرف الناس فى التأجيل

ورقتها وغلظتها ومادتها الخ

الخامس بيان الأجل « وقد تقدم »

السادس بيان قدر رأس المال ان تعلق العقد ببيان مقداره كما فى مكيل وموزون وعددي غير متفاوت

السابع بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤونة

اذا اشترط الايفاء فى مدينة فإن كانت صغيرة فكل محلاتها سواء وإن كانت كبيرة بأن أبلغت نواحيها فرسخا فأكثر يشترط أن يعين للايفاء ناحية منها، ومالا حمل له ولا مؤونة كمسك وكافور وصغار اللؤلؤ والدر فلايشترط فيه مكان الايفاء فيوفيه حيث شاء ولكنه لو عين مكانا لتسليمه تعين لأنه لوأخذه فى غير المكان المعين فربما كان ذلك عرضة لضياعه منه فى الطريق أو هلاكه

ولا يجوز للمسلم اليه التصرف فى رأس المال قبل قبضه ولا لرب السلم أن يتصرف فى المسلم فيه قبل تسلمه أما الأول فلما فيه من تفويت حق الشرع وهوالقبض المستحق شرعا قبل الافتراق، وأما الثانى فلأنه بيع منقول وقد مرحكم التصرف فيه قبل القبض . وإذامات رب السلم فلا يبطل الأجل بموته ولكن يبطل بموت المسلم اليه فيؤخذ المسلم فيه من تركته فى الحال، لأن الأجل يبطل بموت المدين لا الدائن

(الاستصناع)

الاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع، وقد جرى عليه تعامل الناس قديماوحديثافى كل زمان ومكان

حتى أصبح مما لا يمكن الاستغناء عنه . وهو بيع له شبه بالاجارة من حيث أن فيه طلب العمل من الصانع ولذا يبطل بموت الصانع أو المستصنع . فالمعقود عليه فى الاستصناع هو العين لا عمل الصانع ، ويجوز فى كل ما جرى به التعامل ويشترط لصحته أن يعين المصنوع تعيينا مانعا للنزاع فيبين جنسه ونوعه وقدره ووصفه . ولا يشترط فيه تعجيل الثمن بل يجوز تأجيله كله أو بعضه . ومتى أعد الصانع ما أمر بصنعه جاز له أن يبيعه قبل رؤية الآمر واختياره له كما يجوز للآمر أخذه وتركه بخيار الرؤية ، لأنه اشترى شيئا لم يره ، ولا خيار للصانع فيجبر على العمل ، وعن أبى حنيفة أن له الخيار أيضا إن شاء فعل وإن شاء ترك دفعا للضرر عنه ، وعن أبى يوسف ان المستصنع لا خيار له أيضا لأن الصانع أتلف ماله لأجله فلو ثبت له الخيار لتضرر البائع لأن غير الآمر ربما لا يشترى المصنوع بمثل الثمن الذى يشتريه هو به . وإذا ضرب للاستصناع أجلا فاما أن يكون شهرا فأكثر أو أقل من شهر واما أن يكون فى شىء تعومل استصناعه أولا ، فان كان الأجل شهرا فأكثر صار سلما سواء جرى فيه تعامل أم لا فتتعين فيه شرائط السلم . وإن كان الأجل أقل من شهر ففيما جرى فيه التعامل يصح الاستصناع وفيما لم يجر فيه تعامل أن ذكر الأجل على وجه الاستعجال صح ذلك أيضا وإن كان على وجه الاستمهال « بأن يقول الصانع اسلمك إياه بعد أسبوع مثلا » فسد الاستصناع — وفى هذا الكلام نظر — ويجوز الاستصناع بدون أن يبين الأجل

(بيع الوفاء)

هو نوع من البيع خارج عن سننه المعروف وصورته أن يقول البائع للمشترى بعت لك هذه الأرض «مثلا» بالف جنيه أو بالدين الذي لك في ذمتي وقدره كذا بشرط انى متى رددت إليك الثمن أو أديت لك الدين ترد إلى المبيع ، فهذا بيع فاسد لأن كلا من الطرفين مقتدر على الفسخ ولكنه كالرهن فى كل أحكامه فهو إذا فى الحقيقة رهن . ولذا لا يجوز للمشترى وفاء أن ينتفع بالمبيع إلا باذن البائع ويضمن ما أكله بغير إذنه أو أتلفه ولا يجوز لكل من البائع والمشترى أن يبيع العين المبيعة وفاء لشخص آخر ، فلو باعها البائع توقف البيع على إجازة مشتريها ، ولو باعها المشترى فللبائع أو ورثته حق استردادها ويكون للمشترى اعادة وضع يده عليها حتى يستوفى دينه . واذا قبض المشترى المبيع بعد ما دفع الثمن للبائع واتفقا على أن يرد المشترى المبيع اذا رد له البائع الثمن فى وقت كذا ثم جاء الوقت وامتنع البائع من رد الثمن للمشترى فانه يؤمر ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه ، فاذا امتنع باع الحاكم عليه ، والمبيع وفاء كالرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فان هلك وهما سواء صار المشترى «المرتهن» مستوفيا دينه ، وإن كانت قيمته أكثر فالزائد أمانة (١) وان كانت أقل سقط من الدين قدر القيمة وطولب البائع «الراهن» بالباقى وتعتبر

(١) فان كان هلاك المبيع بتعدى المشترى ضمن الزيادة وان كان بدون تعديه فلا تلزمه الزيادة .

القيمة يوم القبض . واذا مات أحد المتبايعين قامت ورثته مقامه فى أحكام الوفاء ، وليس لسائر الغرماء أن يزاحموا المشتري في المبيع وفاء حتى يستوفى دينه .

(تنبيه) المبيع وفاء اذا استأجره البائع من المشترى لايلزمه أجر لأنه رهن حكما كما تقدم وهذا هو القول الراجح ، وقيل إن كانت الاجارة بعد قبض المشترى فهى صحيحة والاجرة لازمة للبائع .

خاتمة فى ضمان المبيع عند الاستحقاق

لايصح اشتراط عدم ضمان البائع ثمن المبيع عند الاستحقاق ويفسد البيع بهذا الشرط ، أما إذا اشترط ضمان الثمن للمشترى أو خلا العقد من ذكر هذا الشرط فالبائع ضامن للمبيع بثمنه عند ظهوره مستحقا فى الحالتين . والاستحقاق نوعان: «قديم» ومن حقه الرجوع على البائع بثمنه لأنه يظهر أن البائع باع ملك غيره «وحديث» ومن حقه أن لا يرجع على بائعه لأنه باع ملك نفسه ثم استحق بسبب حدث عند المشترى ، والقديم يكون بتاريخ متقدم على الشراء ، وأما الجديد فاما أن يكون بتاريخ متأخر عن الشراء واما أن يتعلق بالبيع بعد انتقاله في يد المشترى الى حالة صار بها شيئا آخر ، فاذا اشترى حنطة فجعلها خبزا أو شاة فشواها ثم استحق الخبز والشواء وبرهن المستحق على ذلك فلا يرجع المشترى على بائعه لأنه لما صنع الحنطة خبزا وشوى الشاة لم يجز أن يملك ذلك أحد إلا بسبب حادث بعد الخبز والشى . وعلم المشترى بكون المبيع

---

(١) الاستحقاق هو ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير .

ليس ملكا للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع عند الاستحقاق . ولا يرجع المشترى بالثمن على البائع الا اذا ثبت استحقاق المبيع عليه بالبينة ، وحينئذ يكون للمشترى استرداد الثمن بتمامه من البائع ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع ، وكذا اذا زادت قيمة المبيع عن ثمنه الذى اشتراه به المشترى فليس له حق فى طلب شىء من البائع زيادة على الثمن الذى أداه اليه.

(فى حكم البناء والغراس) إذا بنى المشترى فى المبيع بناء أو غرس فيه أشجارا ثم استحق المبيع بالبينة رجع المشترى على البائع بالثمن و بقيمة البناء والغراس (سواء كلفه المستحق الهدم والقلع والبائع غائب ثم سلم الانقاض إلى البائع ، أو سلم البناء والشجر قائمين للبائع فقلعهما البائع) وتقوم قيمتهما قائمين غير مقلوعين يوم تسليمهما للبائع ، ولا رجوع للمشترى بما أنفقه فى المنافع كاصلاح الدار والارض ولا بما لا قيمة له بعد نقضه كالجص (الجبس) والطين ، فالرجوع إذا لا يكون إلا بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه الى البائع . ولا يرجع المشترى بقيمة البناء والغراس إلا إذا ظن أن البائع هو المالك أو غره البائع بقوله إن المالك أمرنى بالبيع

إذا قبض المشترى المبيع كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ثم أن أحدث الاستحقاق عيبا فى الباقى يخير المشترى أن شاء رده ورجع بجميع الثمن وان شاء أمسكه ورجع بثمن المستحق ، وان لم يحدث عيبا فى الباقى يأخذ المشترى بلا خيار ويرجع بحصة المستحق ،

كثوبين استحق أحدهما أو وكيلي أو وزني استحق بعضه ولا يضر تبعيضه . وإذا استحق بعض المبيع قبل القبض بطل البيع في قدر المستحق ويخير المشترى في الباقي أن شاء رده ورجع بجميع الثمن وإن شاء أمسكه ورجع بحصة المستحق ؛ وكذلك الحكم أن قبض بعضه ثم استحق سواء استحق المقبوض أو غيره

مايدخل في البيع تبعا اذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن فيرجع المشترى على البائع بحصته من الثمن ؛ وإذا استحق قبل القبض فان كان لايجوز بيعه وحده كالشرب فلا حصة له من الثمن فلا يرجع بشيء بل يخير بين أخذ المبيع بكل الثمن أو تركه ؛ وان كان يجوز بيعه وحده كالشجر والبناء تكون له حصة من الثمن فيرجع على البائع . واذا ولدت الدابة المشتراة عند المشترى فالمستحق يأخذها مع نتاجها والمشترى يرجع على البائع بالثمن وقيمة النتاج . واذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع كموت الدابة (مثلا) فلا بد للمستحق من إقامة البينة على قيمتها يوم الشراء فيضمن المشترى القيمة ويرجع المشترى على البائع بالثمن لابما ضمن ؛ لأن المشترى من الغاصب اذا ضمن القيمة يرجع البائع على بائعه بالثمن اذ رد القيمة مثل رد العين

كتاب الاجارة

الاجاره والأجرة والأجر والكراء بمعنى واحد؛ والفعل أجر من بابى نصر وضرب وآجر على وزن افعل ؛ واستأجر الدار استكراها ــ والانسان اتخذه أجيرا وآجره مؤاجرة ؛ صار أجيره ؛ وقد اطلقت

الاجارة عرفا على نفس العقد . وهى فى الشرع تمليك المنافع بعوض . وتحتها نوعان ، نوع يرد على منافع الأعيان كاستئجار الدور والاراضى والدواب والثياب وما أشبه ذلك ، ونوع يرد على العمل كاستئجار أرباب الحرف والصنائع والخدمة والعمال . ويشترط لانعقاد الاجارة أهلية العاقدين بأن يكون كلا منهما عاقلا مميزا ، ويشترط لنفاذها كون العاقدين عاقلين غير محجورين وكون المؤجر مالكا لما يؤجر أو وكيله أو وليه أو وصيه . ويشترط لصحتها رضا العاقدين ، وكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوماً علما يمنع المنازعة وهذا العلم تارة يكون ببيان المدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضى للزراعة وتارة يكون بتحديد المنفعة أو وصف العمل المطلوب وصفا مفصلا كاستئجار الدواب للحمل والركوب ومؤاجرة العمال على نوع من العمل ، ومن شروط الصحة تعيين الاجرة بما يمنع المنازعة وخلو العقد من الشروط المفسدة ويشترط للزومها فوق ما تقدم أن يكون بالمستأجر عيب فى وقت العقد ووقت القبض يخل بالانتفاع به فان كان لم يلزم العقد ، وأن يكون المستأجر مرئيا للمستأجر ، وسلامة المستأجر من حدوث عيب به يخل بالانتفاع فان حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازما ، وإن لا يحدث عذر بأحد العاقدين أو المستأجر فاذا حدث بواحد منهم عذر لايكون العقد لازما

(الأجرة وبيان شروط لزومها)

الاجارة سواء كانت مضافة إلى وقت مستقبل أو منجزة لا تلزم فيها الاجرة بمجرد العقد فاذا اشترط تعجيلها أو تأجيلها أو تقسيطها أقساط تؤدى فى أوقات معينة صح ذلك الشرط ولزم الوفاء به إلا شرط تعجيل الأجرة فى الاجارة المضافة فانه باطل فلا يلزم المستأجر فى الحال شيء . ويترتب على صحة اشتراط التعجيل فى الاجارة المنجزة أن المستأجر يلزم بدفع الاجرة وقت العقد فان لم يدفعها فللمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة له حتى يستوفى الأجرة وله أن يفسخ عقد الاجارة ان لم يوف المستأجر بالشرط ، وكذا الاجير له أن يمتنع عن العمل إلى أن يستوفى أجرته التى اشترط تعجيلها وله فسخ الاجارة إن لم يوفه المؤاجر أجره . وإذا اشترط تأجير الاجره لزم المؤجر أن يسلم العين المؤجره للمسأجر ، ولزم الاجير ايفاء العمل ، ولا تلزم الاجره إلا عند حلول الاجل . والاجاره اما أن تكون صحيحة أو فاسده فان كانت صحيحة فان الاجره تجب فيها بتسليم العين المؤجره للمسأجر مع تمكنه من استيفاء المنفعة سواء استوفاها أو لم يستوفها ، وان كانت فاسده فلا تجب الأجره على المستأجر إلا إذا سلمها له المؤجر المالك وانتفع بها انتفاعا حقيقيا ، فان سلمها غير مالكها فلا أجرة على المستأجر وإن استوفى المنفعة لانه فى حكم الغاصب ومنافع الغصب غير مضمونة عند الحنفية خلافا للشافعية وستأتى أدلة الفريقين فى أول الفصل الآتى . وإذا وجبت الأجره فى الاجاره الفاسدة فتاره

يكون الواجب هو الأجر المسمى وتاره يكون أجر المثل ، فيجب أجر المثل فى حالتين «الاولى» أن لا يكون قد سمى أجر أو يكون مسمى مجهولا «الثانية» أن يكون أجر المثل أقل من الاجر المسمى المعلوم وقد فسدت الاجاره لفقدان شرط آخر من شروط الصحة ، فان كان الاجر المسمى هو الاقل فهو الواجب ، لان العاقدين اذا اتفقا على أجره أقل من أجر المثل فقد أسقطا الزياده ، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ، وقال الشافعى أن الواجب هو أجر المثل على كل حال قياسا على البيع الفاسد ، ورد على ذلك بأن العين المبيعة بيعا فاسداً متقومة فى نفسها وأما المنافع فليست كذلك .

(اجارة الدواب والعربات للركوب والحمل)

أحكام هذا الباب راجعة إلى ثلاثة أمور : ـ

الاول ـ الركوب يسمى حملا والحمل لا يسمى ركوبا

الثانى ـ الاصل أن المستأجر اذا خالف الى مثل المشروط أو أخف منه فلا شيء عليه لان الرضا بأعلى الضررين رضا بالادنى وبمثله دلالة ، وان خالف الى ما فوقه فى الضرر فعطبت الدابة فان كان من غير جنس المشروط ضمن الدابة ولا أجر عليه وان كان من جنسه ضمن بقدر الزيادهوعليه الاجر لأنها هلكت بفعل مأذون به وفعل غير مأذون به فيقسم على قدرهما . ولكن إذا كانت الدابة لا تطيق ما حمله عليها عادة وجب عليه الضمان لكونه غير معتاد فلا يكون مأذونا فيه

الثالث ـ إذا تجاوز المستأجر المشروط إلى ما فوقه في الضرر أو كان قد استأجر الدابة للركوب فحمل عليها كان في الحالتين مخالفاوحكمه حكم الغاصب فان عطبت الدابه فعليه الضمان كما تقدم وان سلمت فلا أجر عليه ، لأن منافع الغصب غير مضمونة عند الحنفية (١) وعللوا ذلك بأن المنافع حدثت بفعل الغاصب وكسبه ـ والكسب للكاسب لا لغيره ـ ولأن معنى الغصب هو إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك ولا يتصور ذلك في المنافع لانها اعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها ، وقال الشافعي رضوان الله عليه ان منافع الغصب مضمونة لان المنافع تملك وتقوم بالعقود كما تملك الاعيان وتقوم بها ، وليست الاجارة إلا بيعا للمنافع فلو لم يكن للمنافع قيمة لما وجب على

---

(١) وقد استثنى متأخرو الحنفية من هذه القاعدة ثلاثة أشياء — الوقف « ومال اليتيم » والمعد للاستغلال وذلك لان الوقف يفتى فيه بما هو أنفع له ، ومال اليتيم ملحق بالوقف في ذلك ، وأما المعد للاستغلال فالفرق بينه وبين غيره ليس ظاهرا ، ولعلهم اعتبروا أقدام انسان على الانتفاع بما هو معد للاستغلال قرينه على رضاه بدفع الاجرة فلا يكون غاصبا ونظير هذا ما اذا زرع أرضا معدة للاستغلال بدون اذن صاحبها فانه لايعدغاصبا بل يحمل على المزارعة (وهو أحد أقوال مبينة في تنقيح الحامدية)

وهذا ما ظهر لى . على أن في استثناء ثلاثة الاشياء المتقدمة اشكالا كبيرا لان العلل التي أوردها الحنفية في أن منافع الغصب لا تضمن تأبى استثناء شيء من المنافع وليس في الاستحسان في هذا المقام مجال

مستأجر أن يدفع أجرة ما استأجره ولما تفاوتت أجر الأعيان المستأجرة وإذا ثبت أن المنافع متقومة وجب أن تضمن بالغصب كما تضمن الاعيان فيلزم الغاصب بتأدية أجر المثل للمالك . فاذا استبان لك ما تقدم سهل عليك فهم ما يأتى وتعليله .

اجارة الدواب والعربات للركوب من استأجر دابة للحمل فله أن يركبها وان استأجرها للركوب فليس له أن يحمل عليها وان حمل عليها فلا أجر عليه . ولا يجوز لمستأجر الدابة أن يتجاوز بها المحل المعين بلا إذن صاحبها الا بمقدار ما يتسامح فيه الناس ، ولا ان يذهب بها الى محل آخر ، ولا أن يستخدمها أزيد من المدة التى استأجرها فيها ، ولا يضربها ولا يكبحها بلجامها ولا يسيرها سيرا عنيفا فوق المعتاد ، ولا أن يذهب بها إلى المحل المعين من طريق أكثر مشقة من الطريق الذى عينه له صاحب الدابة ـ فان خالف فى شىء من ذلك فعطبت الدابة فعليه ضمان قيمتها . واذا تعبت الدابة أو خيل العربة المستأجرة للركوب فللمستأجر نقض الاجارة وعليه دفع ما يخص المسافة التى ركبها من الاجر المسمى .

اجارة الدواب والعربات للحمل إذا استؤجرت الدواب والعربات للحمل فانه يشترط تعيين المحل الذى يراد نقل الحمل إليه أو تعيين مدة الحمل مع بيان مقدار ما يحمل ويجوز أن لا يبين مقدار ما يحمل وينصرف إلى المعتاد ، وإذا تعبت الدابة فى الطريق قبل الوصول إلى المحل المقصود فان كان المستأجر استأجر الدابة بعينها فهو مخير بين نقض الاجارة أو

انتظار الدابة حتى تستعيد نشاطها وليس له أن يطالب المؤجر بدابة أخرى وان كان لم يستأجر دابة بعينها فله أن يطالبه بدابة أخرى وان استأجر دابة ليحمل عليها أردبين من الحنطة (مثلا) فحمل عليها ثلاثة أرادب فعطبت فان كانت الدابة لا تطيق هذا الحمل عادة ضمن كل قيمتها وان كانت تستعطيه ضمن مقدار الزياده مع دفع الاجره (١) هذا إذا كان المستأجر هو الذى باشر الحمل بنفسه فان حملها صاحبها وحده بيده فلا ضمان على المستأجر ، وان حملاها معا وجب النصف على المستاجر بفعله وهدر فعل صاحبها ، وان حمل بدل الحنطة ماهو أثقل منها (٢) كالحديد والرصاص أو أخف منها بحيث يتجاوز المحمول موضع الحمل ويغطى الدابة كالحطب والتبن والقطن فعطبت الدابة فى كلتا الحالتين ضمن قيمتها ولا أجر عليه (اذ لا يجتمع الاجر والضمان) سواء كان وزن المحمول كوزن أردبى الحنطة أو أكثر ، وأما إذا حمل بدل أردبى الحنطة مقدار وزنها من الشعير (الذى هو قريب من الحنطة) فلا ضمان عليه إذا عطبت الدابة .

اجارة الآدمى للخدمة والعمل

تجوز اجاره الآدمى للخدمة أو غيرها من أنواع العمل مع

---

(١) فان كانت قيمة الدابه تسعه جنيهات وأجرة الحمل ستة عشر قرشا تضرب القيمة فى نسبة الزيادة الى كل الحمل وهى ٣/١ وتضاف الاجرة الى الحاصل هكذا ٣/١ × ٩ + ١٦ = ٣،١٦ جنيهات

(٢) المراد الثقل النوعى

بيان المده أو تعيين قدر العمل وكيفيته ، وينقسم الاجير الى خاص ومشترك ، وإليك تعريف كل منهما مع بيان الفرق بينهما من حيث استحقاق الأجر ومن حيث الضمان ثم سرد الأحكام التى تخص كلا منهما (فالاجير الخاص) هو الذى يعمل لواحد معين أو أكثر عملا مؤقتا مع التخصيص ، فلو استأجر شخص أو أكثر طاهيا ليطبخ لهم خاصة مع تعيين المدة كان ذلك الطاهى أجيرا خاصا ، والاجير المشترك) هو الذى يعمل لا لواحد أو يعمل لواحد عملا غير مؤقت أو عملا مؤقتا بلا اشتراط التخصيص عليه ، فلو استأجرت منجداً للفرش غير مشترط عليه ان لا ينجد لغيرك فهو أجير مشترك سواء كان فى منزلك أم فى محله سواء عينت له مدة النجادة أم لا والاجير الخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة لتأدية ما كلف به مع تمكنه من العمل سواء قام بالعمل أو لم يقم فاستحقاقه للاجر يكون بحسب المدة لا بحسب العمل ولذا لا يجوز له أن يعمل فى مدة الاجارة عملا لغير مستاجره فان عمل لغيره نقص من الاجر بقدر ما عمله وليس له أن يشتغل بشىء سوى الصلوات المفروضة وسننها فقط، والاجير المشترك يستحق الاجرة على نفس العمل كالخياط والنجار والحمال والدلال والملاح والصباغ الخ فاستحقاقه للأجر يكون بحسب العمل لا بحسب المدة (١) وأما الفرق بينهما من حيث الضمان

---

(١) قال فى الدرر : أعلم أن الأجير للخدمة أو لرعى الغنم إنما يكون أجيراً خاصاً إذا شرط عليه أن لا يخدم غيره أو لا يرعى غيره أو قدم المدة أولا نحو أن يستأجر راعياً شهرا ليرعي له غنما مسماة بأجر معلوم فانه أجير

فهو أن الاجير الخاص آمين فان هلك الشيء في يده بدون تعمد الفساد أو بدون تقصيره وإهماله فلا ضمان عليه . والأجير المشترك أما أن يهلك الشيء بفعله أولا ، والاول أما بالتعدى أولا ، والثانى اما أن يمكن الاحتراز عنه أولا ، ففى الاول بقسميه يضمن اتفاقاً وفى ثانى الثانى لايضمن إتفاقا وفى أوله لايضمن عند الامام مطلقا(١) وأفتى المتأخرون

خاص بأول الكلام . أقول مره أنه أوقع الكلام على المدة فى أوله فتكون منافع الاجير للمستأجر فى تلك المدة فيمتنع أن تكون لغيره فيها أيضا (أى تكون منافع الأجير لغير المستأجر فى المدة المعينة) وقوله بعد ذلك لترعى غنمى يحتمل أن يكون لايقاع العقد على العمل فيصير أجيرا مشتركا لأنه هو الذى يقع عقده على العمل ويحتمل أن يكون لبيان نوع العمل الواجب على الأجير الخاص فى المدة : فان الاجارة على المدة لا تصح فى الأجير الخاص إلا إذا بين نوع العمل بأن يقول استأجرتك شهراً للخدمة أو للحصاد فلا يتغير حكم الاول بالاحتمال فيبقى أجيرا خاصا مالم ينص على خلافه بأن يقول على أن ترعى غنم غيرى مع غنمى

فاذا أخر المدة بأن استاجره ليرعى غنما له مسماه بأجر معلوم شهرا فحينئذ يكون أجيرا مشتركا بأول الكلام لايقاع العقد على العمل فى أوله ؛ وقوله شهرا فى آخر الكلام يحتمل أن يكون لايقاع العقد على المدة فيصير أجيرا خاصا ويحتمل أن يكون لتقدير العمل الذى وقع العقد عليه فلا يتغير أول كلامه بالاحتمال مالم يكن بخلافه اه . اى بأن ينص على التخصيص .

(١) وحجة الامام أن المتاع أمانة فى يد الأجير لانه قبضه باذن المالك والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ، وحجة الصاحبين أن الحفظ مستحق

بالصلح على نصف القيمة مطلقاً وقيل أن كان الأجير مصلحاً لا يضمن وأن كان غير مصلح ضمن وان كان مستوراً فالصلح .

ومدة الاجارة للأجير الخاص أما ان تكون معينة فى العقد أو غير معينة فان كانت غير معينة فسد العقد لجهالتها فلكل من العاقدين فسخها فى أى وقت أراد وللأجير أجرة مثله مدة خدمته ، وأن كانت معينة فى العقد وفسخ المستأجر الاجارة قبل إنقضاء المدة بلا عذر ولا عيب فى الأجير يوجب الفسخ «كمرضه أو عجزه عن العمل» فانه يجب على المستأجر أن يؤدى إلى الاجير الأجرة إلى تمام المدة سواء كان الاجير خادما أو غير خادم . ولا يلزم المخدوم إطعام الخادم وكسوته إلا إذا جرى العرف بذلك فيلزمه سواء اشترط عليه أم لا .

ويجوز إجارة الظئر أى المرضعة بأجرة معينة وبطعامها وكسوتها وتكسى من أوسط الثياب وهذا قول الامام ، وقال الصاحبان لا يجوز ذلك لان الأجرة مجهولة ، ووجه قول الامام ، وقال أن العادة لما جرت بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد لم تكن الجهالة مفضية الى النزاع والجهالة ليست بمانعة لذاتها بل لكونها مفضية إلى النزاع (١) وإذا

على الاجير إذ لا يمكنه العمل بدونه فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كان التقصير من جهته .

(١) وهذا أصل مهم ينبغى التعويل عليه فى الاحكام فان حل به كثير من المشكلات .

اشترط على الظئر إرضاعها بنفسها فارضعته من غيرها فلا تستحق الاجرة ، وأن لم يشترط عليها ذلك وأرضعته من غيرها استحقت الاجره ولزوجها أن يفسخ الاجاره مطلقاً وللمستأجر أن يفسخها أيضاً بسبب موجب لفسخها ، وإذا انتهت مده الاجاره ولا توجد من ترضعه غيرها أو وجد ولكن الطفل يأبى أن يألف سواها فانها تجبر على إرضاعه ، وإذا ماتت هى أو مات رضيعها انفسخت الاجاره ولا تنفسخ بموت أحد غيرهما .

أحكام الاجير المشترك

المقاولة على البناء لا تصح إلا إذا كانت مواده وما يلزم له من صاحب العمل ، أما إذا كانت من المقاول بأن استأجره ليبنى بيتاً له (مثلا) بمواد من عنده بأجره كذا فانه لا يجوز ، وإذا عمر المقاول يكون له أجر المثل وثمن المواد وذلك لجهلة الاجره (١) وللمهندس أجرة عمله فان لم تعين له اجره أعطى أجر مثله مقدراً بحسب العرف وينفسخ استئجار الصانع بوجوب عذر يمنعه عن العمل وينفسخ بموته وإذا التزم الصانع أو المقاول أن يعمل بنفسه فليس له أن يكل العمل إلى غيره ، أما إذا كان العقد مطلقاً فانه يجوز له ان يستأجر ويقاول غيره على العمل كله أو بعضه ويكون ضامنا لما يهلك فى يد من استأجره أو قاوله (٢) وليس للصانع أو المقاول الثانى أن يطالب

(١) وإذا لاحظت الاصل السابق وجدت الامر هينا

(٢) هذا على قول الصاحبين

صاحب العمل بشيء مما يستحقه الاجير أو المقاول إلا إذا وكله أو أحاله على صاحب العمل

والصانع إما أن يكون بينة وبين الآجر شروط أولا وإما أن يكون العمل فى منزل الآجر أولا ، فان كان بينهما شرط اتبع ، وان لم يكن شرط وكان الصانع يباشر عمله فى منزل الآجر جازله أن يطلب أجر الجزء الذى صنعه قبل تمام العمل وان لم يكن فى المنزل فليس له أن يطلب شيئا من الاجرة المتفق عليها إلا بعد تمام العمل وتسليمه لصاحبه ، فاذا عجل له الآجر الاجرة أو شيئامنها جاز ذلك ، واذا تلف العمل المقاول عليه قبل تسليمه لصاحب العمل فلا اجر للصانع ، ولكن ان كان العمل فى ملك الآجر وتلف فللصانع أجر ما عمله بحصته لوجود التسليم حكما . والصانع إما أن يكون لعمله أثر فى العين كالصباغ والخياط أولا كالحمال والدلال ، فان كان الاول فله حبس العين وعدم تسليمها حتى يستوفى أجرته (إن كانت الاجرة حالة) فان تلفت عنده فلا أجر له ولا ضمان عليه ، وان كانت الاجرة مؤجلة فليس له حبس العين فان حبسها فتلفت فعليه قيمتها — وان كان الثانى فليس له حبس العين لاجل الاجرة فان حبسها وتلفت ضمن قيمتها ، وإذا أتلف الحمال فى أثناء الطريق ما كان يحمله بتعديه فعليه الضمان . وأجرة الدلال أن باع هو بنفسه تكون على البائع لا على المشترى فلو سعى بينهما فباع المالك بنفسه يعتبر العرف . وإذا باع الدلال متاع شخص بثمن أزيد من الثمن الذى أمره به فالزيادة لصاحب المتاع وليس للدلال سوى الاجرة ، وإذا استحق المبيع

الذى باعه الدلال أو رد بعيب فله الاجرة ، وان كان قد أخذها فلا تسترد منه

(اجارة الدور والحوانيت)

يجوز اجارة الدور والحوانيت بدون بيان ما يعمل فيها ومن يسكنها وينصرف استعمالها لعرف البلدة . و إذا كانت الدار مشغولة بمتاع المؤجر فانه يجبر على تفريغها وتسليمها فارغة للمستأجر . وعلى المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط تعجيله أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة بالهيئة التى رآها عليها وقت العقد . فإن كانت قد تغيرت تغيرا يخل بالسكنى فالمستأجر مخير ان شاء قبلها وإن شاء فسخ الاجارة

ما يجوز للمستأجر ومالا يجوز ـ لا يجوز للمستأجر أن يعمل ما يورث الضرر أو وهن البناء الا باذن المالك فاذا لم ينشأ عن العمل ضرر فهو جائز ويجوز له أن يعير الدار أو الارض التى استأجرها لغيره وأن يودعها أو يؤجرها بمثل الاجره التى استأجرها بها أو أقل منها ، ولو آجرها باكثر لا تطيب له الزياده (١) إلا فى مسألتين «الاولى» أن يؤجرها بخلاف الجنس «الثانية» أن يصلح فيها شيئا بماله وان كانت العين المستأجره عقارا جاز للمستأجر أن يؤجرها قبل

---

(١) لانه ربح مالم يقبضه وقال الشافعي تطيب له الزيادة على كل حال

القبض وبعده ، فان كانت منقولة فلا يجوز له ذلك الا بعد القبض هذا اذا آجرها لغير مالكها وأما إجارتها لمالكها فلاتجوز لان الانسان لا يستأجر ملك نفسه وإذا آجر المستأجر الدار لغيره فاما أن يكون ذلك باذن المالك أولا ، وأما أن تنتهى مده الاجاره الثانية قبل انتهاء مدة الاولى أو بعدها ، فان انتهت الثانية قبل الاولى فالامر ظاهر ، وان انتهت بعدها وكانت باذن المالك فانها لا تنفسخ بانفساخ الاولى وان كانت بدون اذن انفسخت بانتهاء مدة الاولى لكون المستأجر الاول صار فضوليا فيما بقى من المده بعد الاولى . وليس للمالك قبض الاجره من المستأجر الثانى الا إذا أحاله المستأجر الاول عليه ووكله بقبض الاجرة منه

والاصل فيما تقدم أن المستأجر يملك الاجاره فيما لا يتفاوت الناس فى الانتفاع به

عماره الدار المؤجرة وترميمها وما يلحق بذلك — لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها وترميم ما اختل من بنائها لان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه . لكنه اذا لم يفعل ذلك كان للمستأجر أن يترك له الدار إلا إذا كان استأجرها وهى كذلك وقد رآها فليس له الخروج منها لانه رضى بالعيب من قبل . وإذا حدث بالدار المستأجرة عيب فلا يخلو من ثلاثة أحوال «الاول» أن يفوت به كل النفع كتخرب الدار كلها ، «الثانى» أن يفوت به

بعض النفع كانهدام جزء منها ينشأ عنه حرمان المستاجر من بعض المنفعة المقصودة له ، « الثالث » أن لا يؤثر العيب فى المنفعة المقصودة من الدار كما إذا سقط منها حائط لا يضر بالسكنى ـ فان كان الاول فللمستاجر فسخ الاجارة ويسقط عنه الاجر سواء فسخ أم لا ـ وان كان الثانى كان له الفسخ أيضا ولكن بحضرة رب الدار فان كان رب الدار غائبا أو لم يحضر عند القاضى لمرض أو تمرد وعناد فان القاضى يقيم وكيلا عنه ويفسخ الاجاره ومتى فسخت الاجاره سقط الاجر عن المستاجر ، وان لم تفسخ لا يسقط الاجر عنه سواء استوفى المنفعة مع العيب أم لا ، فاذا بنيت الدار واصلح الخلل الذى حدث فيها فلا خيار للمساجر فى الفسخ ـ وان كان الثالث فلا يثبت الخيار للمستاجر ويلزمه الاجر المسمى ، وإذا احتاجت الدار المستاجره لعماره ضرورية لصيانتها فلا يجوز للمستاجر أن يمنع المؤجر من اجرائها ، فان ترتب على العماره مايضر بالسكنى أو يخل بالمنفعة فللمستاجر الحق فى فسخ الاجاره ان أراد . وان أنشأ المستأجر عمارة فى الدار باذن مالكها فان العمارة عائدة لاصلاح الدار وصيانتها فللمستأجر الرجوع بما أنفقه على المؤجر سواء اشترط عليه الرجوع أم لا ، وان كانت عائدة لمنافع المستاجر فلا رجوع له بشيء على المؤجر الا اذا اشترط ذلك عليه .

تعرض المالك للمستأجر ـ لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستاجر فى استيفائه المنفعة مدة الاجارة ، ولا أن يحدث فى الدار المستاجرة ما يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المعقود عليها واذا سلم المؤجر

جميع الدار للمستاجر ثم تعرض له ونزع منها بيتا من بيوتها فللمستاجر فسخ الاجارة لتفرق الصفقة ، أو اعطاء أجرة مابقى فى يده من الدار فقط وكذلك الحكم إذا شغل المؤجر بمتاعه بيتاً من بيوت الدار المستاجره .

غصب الدار من المستأجر إذا غصبت الدار من المستأجر فأما أن يتمكن من رفع يد الغاصب عنها أولا ، وفى الحالة الاولى أما أن يمكنه ذلك بانفاق شيء من ماله أو بوسيلة أخرى كاستعطاف أو إحتماء بذى شوكة ، فان لم يتمكن أو تمكن ولكن بانفاق ماله سقطت عنه الاجرة فى مدة الغصب ، وان تمكن بواسطة أخرى لا يأباها الدين ولا المروءة ثم قصر فان الاجرة لا تسقط عنه فى مدة الغصب لانه هو المقصر . وإذا اختلف المستأجر والمؤجر فى دعوى الغصب وليس للمستأجر بينة تؤيد دعواه يحكم الحال بينهما فان كانت الدار بيد المستأجر فالقول للمؤجر وأن كانت فى يد غير المستاجر صدق قوله ولا أجر عليه .

إنتهاء مدة الاجاره وسكنى المستاجر بعدها إذا انتهت مده الايجار وجب على المستاجر أن يفرغ الدار ويسلمها لصاحبها . وإذا طلب المؤجر بعد إنقضاء المده من المستأجر زياده على الاجر المسمى وعين تلك الزياده وطلب منه قبولها أو الخروج من الدار فسكت المستاجر يعتبر سكوته رضاً وقبولا للزياده فيلزمه أجر المثل بقدر المده التى كان التى كان يمكنه أن ينقل متاعه فيها وبعدها يلزمه ما قاله المؤجر وقبله

بسكوته (١) وإذا مضت مده الاجاره وسكن المستاجر بعدها شهراً فأكثر فان كانت الدار وقفاً أو ملكا ليتيم أو معدة للاستغلال (٢) فعليه أجر المثل

سكنى الانسان فى دار غيره بدون عقد — هذه السكني أما أن تكون بتاويل أو بدون تاويل وأما أن تكون الدار وقفاً أو ملكاليتيم أو معدة للاستغلال أو ليست شيئاً من ذلك فان كانت الدار وقفاً أو ملكا ليتيم وجب على الساكن أجر المثل مطلقاً ، وأن كانت غير ذلك فان سكنها بتاويله عقد كأن يسكن المرتهن فى الدار المرهونة ثم يظهر أنها لغير الراهن — أو بتاويل ملك كأن يسكن أحد الشركاء الدار المشتركة بينهم فلا يجب الاجر على الساكن سواء كانت الدار معدة للاستغلال أم لا ، وإن كانت الدار ليست وقفاً ولا ملكا ليتيم ولا معده للاستغلال وسكنها لا بتاويل ملك ولا بتاويل عقد فلا أجر عليه أيضا إلا إذا طالبه صاحب الدار بالاجره وسكن فيها بعد تلك المطالبة مع إقراره بان الدار ملك لصاحبها وعدم تصريحه بنفى الرضا بالاجرة ، فان لم يكن مقراً لصاحب الدار بالملك أو أقر به ولكن

---

(١) وهذا رأى هشام الذى عرضه على محمد فاستحسنه وعدل عن رأيه الاول (وهو الزام المستأجر بما قاله المالك من ابتداء المده الجديدة) كما فى الخانية . قلت وعلى ذلك اذا رفض المستأجر قبول الزيادة فانه يبقى بأجر المثل ريثما يفرغ الدار بنقل متاعه منها الى غيرها (٢) بأن بناها صاحبها أو شتراها لذلك وكذا اذا توالت اجارتها ثلاث سنين أو أكثر

لم يرض بالاجرة كان غاصبا فلا أجر عليه

فسخ الاجاره وانفساخها — تنفسخ الاجارة بموت المؤجر أو بموت المستأجر اذا عقدها لنفسه لا لغيره بالتوكيل عنه . فان مات الوكيل بأيجار أو استئجار فلا تبطل الاجارة بموته ، واذا مات المؤجر وكان المستأجر قد عجل الاجرة لمدة لم تستوف المنفعة فيها فله حبس العين المستأجرة حتى يستوفى ما عجله فان مات الآجر مدينا وليس له ما يسد به دينه غير العين المأجورة فانها تباع ويقدم حق المستأجر على سائر الغرماء ان كانت العين فى يده فيستوفى حقه من ثمنها وما زاد فهو للغرماء ، وان لم يف ثمنها بحق المستأجر يكون فى الباقى أسوة الغرماء . ويترتب على انفساخ الاجارة بموت الآجر أن لا يبقى للمستأجر حق فى سكنى الدار ، فاذا ظل ساكنا بها كان غاصبا فيجب عليه أجر المثل ان كانت الدار معدة للاستغلال والا فلا يجب عليه شىء الا اذا كان فى ورثة المؤجر صغير فيجب عليه أجر مثل حصته . ولكن لو طالبه الورثة بالاجرة فان الاجرة تلزمه على كل حال . وكما تنفسخ الاجارة بالموت تنفسخ بعذر لزوم دين على المؤجر حيث لا مال له غير العين المؤجرة ويتوقف الفسخ على قضاء القاضى بنفاذ البيع ؛ وانما تفسخ الاجارة ان كانت قيمة المأجور تزيد عما عجله المستأجر من الاجرة لان العين متى بيعت

أعطى المستأجر حقه وما زاد من ثمنها فهو للغرماء ، وأما اذا كانت قيمة المأجور مثل ما عجله المستأجر أو أقل منه فلا تفسخ الاجارة اذ لا فائدة للغرماء فى ذلك

(اجارة الاراضى)

تصح اجارة الارض للزراعة مع بيان ما يزرع فيها أو يقول المستأجر : « على أن أزرع فيها ما أشاء » كيلا تقع المنازعة فان من الزرع ما ينفع الارض ومنه ما يضرها . وبين ذلك درجات ؛ والارض وقت الاجارة اما أن تكون مشغولة بزرع أولا ، واما أن تكون الاجارة منجزة أو مضافة ، فان كانت غير مشغولة بزرع صحت الاجارة بنوعيها ؛ وان كانت مشغولة بزرع صحت الاجارة المضافة الى وقت حصاد الزرع وتسليم الارض فارغة منه . واما الاجارة المنجزة ففيها تفصيل ، لان الزرع اما أن يكون بحق أو بغير حق (بان يكون الزارع غاصبا) فان كان بغير حق صحت الاجارة ويجبر الزارع على قلع زرعه الا اذا كان هو المستأجر فان زرعه يترك له ؛ وان كان الزرع بحق فاما أن يكون للمستأجر أو لغيره فان كان للمستأجر (بان تكون الارض موقوفة وكان قد استأجرها باقل من أجر المثل) صحت الاجارة ، وان كان لغيره فاما ان يكون الزرع بقلا أو مدركا فان كان الثانى جازت الاجارة وان كان الاول فلا تجوز . ولمستأجر الارض الشرب والطريق سواء إشترطهما فى العقد أم لا ، لان الغرض من الاجارة الانتفاع ولا انتفاع

الا بهما فيدخلان تبعاً بخلاف البيع اذ المقصود منه ملك العين المبيعة لا الانتفاع فى الحال ومن استأجر أرضا سنة ليزرع فيها ما شاء فله أن يزرعها زرعين شتوياً وصيفياً .

ما يعرض للزارع فيتلف الزرع أو يمنعه من الانتفاع بالارض ـ اذا غلب الماء على الارض المؤجرة فاستبحرت ولم يمكن زرعها أو انقطع الماء عنها فلم يمكن ريها فلا تجب الاجره أصلا وللمستأجر فسخ الاجاره ، فان كانت الارض صالحة للزراعة فزرعها ثم أصاب الزرع آفة فهلك وجب عليه من الاجره حصة ما مضى من المده قبل هلاك الزرع وسقط حصة ما بقى من المده بعد هلاكه الا اذا كان متمكنا من زراعة مثل الاول أو دونه فى الضرر فتجب حصة ما بقى من المده

اجاره الارض للبناء والغرس وانقضاء مده الاجاره ـ تصح اجاره الارض للبناء والغرس وسائر الانتفاعات كطبخ آجر وخزف ؛ فان مضت مده الاجاره وفى الارض بناء أو غراس للمستأجر يؤمر بهدم البناء وقلع الاشجار الا اذا رضى المؤجر بتركهما فى الارض باجاره او اعاره فيكون البناء والشجر للمستاجر والارض للمؤجر ، فان تركهما باعاره للارض يكون لهما ان يؤجرا الارض لثالث ويقتسما الاجره على قيمة الارض بلا بناء وعلى قيمة البناء بلا أرض فيأخذ كل منهما حصته . واذا كان هدم البناء وقلع الشجر يضران بالارض وينقصان قيمتها فاذا مضت مده الاجاره فللمؤجر أن يتملكهما جبرا على

المستأجر ، ويعطيه قيمتهما مستحقين للقلع وان كانت الارض لا تنقص بقلعهما فلا يكون للمؤجر تملكها بدون رضا المستأجر وانما له أمر المستأجر بقلعهما من أرضه وذلك لاستوائهما في ثبوت الملك وعدم ترجح أحدهما على الآخر

واذا مضت مدة الاجارة وفى الارض شجر عليه ثمر فانه يبقى باجر المثل الى الادراك سواء رضى المؤجر أم لا ، وكذا اذا كان بالارض زرع بقل لم يدرك أو أن حصاده فانه يترك باجر المثل أيضا رعاية للجانبين ، فاذا مات المستأجر فانفسخت الاجارة بموته قبل انقضاء المدة وكان فى الارض زرع لم يدرك يترك الزرع لورثته بالاجر المسمى الى أن يدرك ويحصد ، اذ فى ابقاء العقد مراعاة بصلحة الورثة ولا ضرر على رب الارض

(اجارة الوقف)

الاملاك نصب عين أربابها يتعهدونها دائماً ويحافظون عليها جهد استطاعتهم واذا تساهل أحدهم فانما يتساهل فى ملك نفسه وضرر التساهل أو نفعه انما يعودان عليه وحده ، وأما الاوقاف فليس لها من العناية بها ما للاملاك فاذا تساهل ناظر وقف فضرر التساهل عائد على الوقف لا عليه وربما مالت بالنفوس الناقصة أهواؤها الى اغتيال الوقف فاخذت تمهد له السبل وتقتحم العقبات ، لذلك كانت أحكام الوقف أشد فى الاحتياط من أحكام الاملاك صيانة للوقف من الضياع وحفظا له من الاغتيال فلا يذهبن بوهم واهم عند النظرة الحمقاء

ان أحكام الوقف غير عادلة فاذا رجع البصر كرة أخرى ينكشف له ما كان قد خفى عنه فى أول الامر ويستبين له الحق ان كان من الموفقين . وشروط الواقفين يجب أن تراعى الا اذا خالفت الشرع أو تعينت المصلحة فى مخالفتها . وبذلك يسهل عليك تعليل الاحكام الآتية :

الذى يتولى اجارة الوقف وقبض الاجره هو الناظر وأما الموقوف عليهم فليس لهم ذلك الا باذن ممن له الولاية على الوقف ، وينبغى أن يراعى شرط الواقف فى اجارة وقفه فان عين مدة للاجاره اتبع شرطه وليس للمتولى مخالفته ولكن اذا كانت اجاره الوقف أكثر من المده المعينة أنفع للوقف فلا يخلو الحال من أمرين : «الاول» أن يكون الواقف قد اشترط أن لا يؤجر أكثر منها الا اذا كان ذلك أنفع للوقف ، «الثانى» أن لا يشترط ذلك ففى الاول يجوز للقيم أن يؤجرها المدة التى يراها خيرا للوقف بدون اذن القاضى ، وفى الثانى لا بد من اذن القاضى ، واذا أهمل الواقف تعيين مدة الاجارة تؤجر الدار أو الحانوت سنة والارض ثلاث سنين الا اذا اقتضت المصلحة الزيادة فى اجارة الدار والحانوت والنقص فى اجاره الارض ، ولا يجوز لغير اضطرار الاجاره دار الوقف أو أرضه اجاره طويلة ولو كانت بعقود مترادفة ، فان اضطر الى ذلك لحاجة عماره الوقف بان تخرب ولم يكن له ريع يعمر به جاز لهذه الضروزة اجارتها باذن القاضى مدة طويلة بقدر ماتعمر به

ولا تصح اجارة الوقف بأقل من أجر المثل الا بغبن يسير وأما الاجارة بغبن فاحش فهي فاسدة ويلزم المستأجر بتمام أجر المثل في مدة سكناه كلها السابقة واللاحقة . واذا نقص أجر المثل قبل انتهاء المدة فلا ينقص شيء من الأجر الذي يدفعه المستأجر ولا يفسخ العقد ، وإما اذا زاد في أثناء المدة أجر المثل لكثرة الرغبات لا للتعنت و كانت الزيادة كثيرة تعرض على المستأجر فان رضيها فهو أولى من غيره ويعقد معه عقد ثان بالاجرة الثانية من حين قبولها الى تمام المدة ولا تسرى هذه الزيادة على المدة الماضية ، وإذا لم يقبل المستأجر الزيادة المذكورة يفسخ العقد ويؤجر لغيره ، الا إذا كانت العين المستأجرة مشغولة بزرعه فانه ينتظر الى حصاد الزرع وتضاف عليه الزياة من وقتها لى أن يحصد الزرع ويفسخ العقد .

واذا انقضت مدة الاجارة تؤجر العين الموقوفة بأجر المثل لمن يرغب فيها سواء كان هو المستأجر الأول أو غيره ، ولكن اذا كان للمستأجر حق القرار من بناء أو غراس قائم بحق فهو أولى بالاجارة من غيره بشرط أن يدفع أجر المثل .

حكم البناء والغراس في أرض الوقف ـ اذا انتهت مدة الاجارة و كان للمستأجر بناء بناه من ماله أو شجر غرسه بماله في أرض الوقف فاما أن يكون ذلك باذن الناظر أو بدون اذنه ، واما أن يكون هدم البناء وقلع الشجر يضران بأرض الوقف أو لا ، فان كان البناء باذن الناظر وأبى المستأجر أن يدفع أجر المثل (بعد انقضاء مدة الاجارة)

و كان هدم البناء أو قلع الشجر مضرا بالارض يخير الناظر بين أن يتملكه جبرا على المستأجر بقيمته مستحق القلع وبين أن يتركه الى أن يتخلص من الارض فيأخذ المستأجر انقاضه ، وإذا آجر المتولى البناء باذن مالكه مع أرض الوقف المبنى عليها جاز ذلك وينظر مقدار مايستأجر به كل منهما فما أصاب البناء يعطى لصاحبه وما أصاب أرض الوقف يعطى لناظر الوقف . وإن كان البناء بلا اذن الناظر يؤمر المستأجر بهدمه ان كان لايضر بأرض الوقف فان كان يضر بها يجبر على التربص الى أن يسقط البناء فيأخذ انقاضه ـ لأنه هو الجانى على نفسه ولا يكون بناؤه مانعاً من صحة اجارة الارض لغيره ، وللناظر أن يتملك البناء ان أراد للوقف ولو جبرا على صاحبه بثمن لايتجاوز أقل القيمتين مقلوعا أو قائما وحكم الشجر فيما تقدم كحكم البناء .

كتاب المزارعة

المزارعة هى معاقدة على الزرع بين صاحب الارض والمزارع فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التى يتفقان عليهما وقت العقد . وهى فى معنى الاجارة والشركة ولذا قالوا أنها اجارة ابتداء وشركة انتهاء . ويشترط لصحتها ثمانية شروط ·

الاول ، أهلية العاقدين ـ وهذا شرط عام فى كل عقد .

الثانى ، كون الارض صالحة للزراعة ـ لأن المقصود لا يحصل بدون ذلك

الثالث ، بيان المدة ـ لان المزارعة عقد على منافع الارض أو

منافع العامل والمدة هي المعيار الذي يعلم به ذلك ، ولكن لو سكتا عن المدة صحت المزارعة ووقعت على زرع واحد .

الرابع ، بيان من عليه البذر ـ قطعا للمنازعة واعلاما للعقود عليه وهو منافع الارض أو منافع العامل ، وقيل يكتفى فى ذلك بالعرف

الخامس ، بيان نصيب من لا بذر له ـ لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما ولو ضمنا بأن يبين نصيب الآخر فيكون الباقى هو نصيب الاول .

السادس ، أن يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى يتمكن من العمل بدون مانع .

السابع ، بيان جنس البذر ـ ليصير الاجر معلوما

الثامن ، تعيين حصة شائعة لكل من العاقدين فى الخارج (أى المحصول) ـ وكل شرط يقطع الشركة فهو مفسد للعقد كان يشرط لاحدهما محصول موضع معين أو قفزان معلومة .

وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام ، وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج . واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه ، فان كان صاحب البذر هو العامل فعليه أجر المثل للارض ، وان كان رب الارض فعليه أجر المثل للعامل ، وإذا لم يخرج شيء من المحصول فى المزارعة الفاسدة فان كان البذر من قبل العامل فعليه أجر مثل الارض كان من قبل صاحب الارض فعليه أجر مثل العامل ، واعلم

أن المزارعة الفاسدة لا يجب فيها شيء من أعمال الزراعة على العامل لان وجوبه والعقد لم يصح .

انقضاء المدة وموت المزارع أو رب الارض ـ اذا انقضت المدة قبل ادراك الزرع يبقى الزرع حتى يدرك ويلزم المزارع أجر مافيه نصيبه من الارض وتكون نفقة مايلزم للزرع من سقي وحفظ حصاد الخ على كل من صاحب الارض والمزارع بقدر حصصهما . واذا مات صاحب الارض والزرع بقل يداوم العامل على العمل الى ادراك الزرع وليس لورثة المتوفى منعه اذ لاضرر عليهم فى ذلك . وإذا مات المزارع والزرع غض فورثته تقوم مقامه فى العمل الى أن يستوى الزرع سواء رضى رب الارض أم أبى .

كتاب المساقاة

المساقاة هى معاقدة دفع الشجر والكروم الى من يصلحها بجزء شائع معلوم من ثمرها ، والمراد بالشجر كل ماينبت فى الارض ويبقى سنة أو أكثر . وعقد المساقاة لازم من الجانبين فلا يملك أحدهما الامتناع والفسخ بدون رضا الآخر الا بعذر بخلاف المزارعة فان رب البذر اذا امتنع من إلقاء البذر فى الأرض فلا جبر عليه لانه لا يمكنه المضى فى العقد إلا بضرر يلزمه وهو إستهلاك البذر فى الحال. والمساقاة كالمزارعة حكما وشروطا بحسب ما يليق بها ، فاشتراط بيان البذر وربه وصلاحية الارض للزراعه لا معني له فى المساقاة . وإذا لم تذكر مده فى المساقاة فانها تقع على أول ثمر يخرج فى تلك السنة ، وإذا ذكرت مدة فاما أن

يكون خروج الثمرة فيها محققا أو ممتنعا عادة أو محتملا : فإن كان محققا صحت المساقاة ، وأن كان ممتنعا فسدت لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج ، وأن كان محتملا فالمساقاة موقوفة . فان خرج فى الوقت المسمى ثمرة يرغب فى مثلها صحت المساقاة ويقسم الخارج بينهما على حسب شروطهما ، وان تأخر خروج الثمرة عن الوقت المسمى فسدت المساقاة لتبين الخطأ فى المدة المسماة ويكون للمساقى أجر مثل عمله ليدوم عمله الى ادراك الثمر وإن لم يخرج شيء أصلا فلا شيء لاحدهما على الآخر لان ذهاب الثمر يكون إذاً بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا .

إنقضاء مدة المساقاة وموت العاقدين أو أحدهما — إذا انقضت مدة المساقاة أو مات أحد العاقدين أو كلاهما وكان على الشجر ثمر لم يبد صلاحه فلرعاية مصلحتهما أو مصلحة ورثتهما (على اختلاف الصور) يستمر العامل أو ورثته على العمل حتى يدرك الثمر وليس لصاحب الشجر ولا لورثته منع العامل أو ورثته فاذا أبى العامل أو أبى ورثته مدوامة العمل وأرادوا قطع الثمر بالحالة التي هو عليها فان صاحب الشجر وورثته يخيرون بين ثلاثة أمور : « الاول » قسمة البسر على الشرط المتفق عليه ، (الثانى) إعطاء العامل أو ورثته قيمة نصيبهم من البسر ، (الثالث) الانفاق على البسر حتى يبلغ ويرجع بما أنفق فى حصة العامل أو ورثته من الثمر

(كتاب الشركة)

هى خلط النصيبين فصاعدا بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر وتطلق على نفس العقد . وهى على نوعين : شركة بسبب الملك ، وشركة بسبب العقد . فشركة العقد هى عبارة عن عقد بين المتشاركين فى رأس المال وفى الربح . وهى أنواع ويشترط لجوازها أن يكون المعقود عليه قابلا للوكالة فلا يصح أن تكون الاموال المباحة رأس مال للشركة ، وما حصله أحدهما فهو له ، وما حصلاه معا فهو لهما نصفين ان لم يعلم لكل ، وما حصله أحدهما باعانة صاحبه فهو له ولصاحبه أجر مثله . ويشترط أيضا لجوازها أن يكون الربح معلوم القدر وأن يكون جزءاً شائعا فى الجملة لا معينا .

وشركة الملك هى أن يملك اثنان أو أكثر عينا أو دينا بسبب من أسباب الملك . وهى اما اختيارية أو جبرية ، فالاختيارية هى ما يكون الملك فيها بشراء أو هبة أو وصية أو خلط لأموالهم باختيارهم والجبرية هى ما يكون الملك فيها بأرث أو باختلاط المالين أو الأموال بلا اختيار المالكين اختلاطا لا يمكن معه تميزهما حقيقة بأن كان متحدى الجنس أو يمكن تميزهما بمشقة بأن كانا مختلفى الجنس

« تصرفات الشركاء فى الاعيان المشتركة »

لكل واحد من الشركاء فى الملك أن يتصرف فى حصته كيف شاء بدون إذن شريكه بجميع التصرفات التى لا تضر شريكه ، فله بيع حصته لشريكه أو لغيره بلا إذنه إلا فى صورة الخلط والاختلاط فانه

لا يجوز البيع لغير شريكه بلا إذنه — والفرق أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه جائز للشريك والاجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط أو الاختلاط فان كل حبة تكون مملوكة بجميع أجزائها ليس للاخر فيها شركة فاذا باع نصيبه لغير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه ، بخلاف بيعه للشريك للقدرة على التسليم والتسلم — وشركة الملك لا تتضمن الوكالة فكل واحد من الشركاء كالاجنبي فى الامتناع عن كل تصرف مضر فى حصة شريكه فاذا باع أحد الشريكين المال المشترك بلا إذن الآخر وسلمه للمشترى فهلك عنده فللشريك الاخر أن يضمن شريكه أو المشترى فان ضمن الشريك جاز البيع وأن ضمن المشترى رجع (أى المشترى) بنصف الثمن على بائعه .

السكنى فى الدار المشتركة — الدار المشتركة فى حق السكنى وفيما هو من توابع السكنى تجعل مملوكة لكل واحد من الشريكين على سبيل الكمال إذ لو لم تجعل كذلك يمنع كل واحد منهما عن دخول وقعود ووضع أمتعة فتبطل منافع ملكهما وذلك غير جائز ، وعلى ذلك إذا سكن أحد الشريكين الدار المشتركة صار ساكنا فى ملك نفسه فلا أجر عليه لانه سكن بتأويل ملك . ثم إن كان كل من الشريكين حاضراً وسكن أحدهما الدار المشتركة مدة من الزمن فليس الثانى أن يطالبه بأجرة المدة التي سكنها ولا أن يطلب السكنى بقدر

ما سكن شريكه لان المهايأة لا تكون إلا بعد الخصومة ، وإنما له أن يطلب قسمة الدار ان كانت قابلة للقسمة أو يتهايأها مع شريكه ، وأن كان أحد الشريكين حاضراً والاخر غائباً فسكن الحاضر فى كل الدار المشتركة فان كان يعلم أن السكنى لا تنقصها فلا أجر عليه لحصة شريكه الغائب وليس للغائب إذا حضر أن يسكن قدر ما سكن شريكه ، وقيل أن للغائب أن يسكن مثل ما سكن الحاضر (وقد استحسن العلماء ذلك وهكذا روى عن محمد وعليه الفتوى) . وأن كان يعلم أن السكنى تنقص الدار وتلحق بها ضررا فلا يجوز له أن يسكنها وكذلك الحكم فى الانتفاع بالملك المشترك فان كان ينشأ من استعماله ضرر فلا يجوز وإلا فهو جائز على ما تقدم . وإذا كانت الحصص مفرزة وسكن الشريك الحاضر فى حصة شريكه الغائب فذلك غير جائز فان تخربت فعليه ضمانها لأنه غاصب .

زرع الارض المشتركة ـ يجوز للشريك الحاضر أن يزرع كل الارض المشتركة فى غيبة شريكه اذا علم أن الزرع ينفعها ولا ينقصها وليس للغائب بعد حضوره أن ينتفع بها كلها بقدر المدة التى انتفع بها شريكه ، وقيل له ذلك قياسا على السكنى فى الدار كما تقدم وإذا علم الشريك الحاضر أن زراعة الارض المشتركة تنقصها وان الترك ينفعها ويزيدها قوة فليس له أن يزرع فيها شيئاً أصلا فاذا زرعها فى هذه الحالة كان غاصبا فعليه ضمان نقصانها . وحصة أحد الشريكين أمانة فى يد الآخر فان هلكت بدون تعديه فلا ضمان عليه .

عمارة الملك المشترك

عمارة الملك المشترك على أصحابه بقدر حصصهم ، فاذا احتاج الى عمارة فلا يخلو الحال من أمرين : « الاول » ان يكون قابلا للقسمة كدار كبيرة ، «الثاني» أن لا يكون قابل للقسمة كبيت وحمام صغيرين وعلى كل اما أن يتفق الشركاء جميعا على العمارة أو يمتنع بعضهم ، فان اتفقوا جميعا على العمارة فالامر ظاهر وان امتنع أحدهم ففي المقام تفصيل ـ فان كان الملك لا يقبل القسمة أو كان مشتركا بين قاصرين أو وقفين فان الآبي يجبر على العمارة وإذا لا بد من اذنه أو أمر القاضي ، فاذا بنى الشريك الآخر بدون اذن الآبي أو أمر القاضي فهو متبرع فلا يرجع على شريكه بشيء ، وان بنى باذن شريكه أو أمر القاضي رجع عليه بما أنفق بقدر حصته ـ وإن كان الملك يقبل القسمة وأبى أحد الشريكين أو الشركاء العمارة فلا يجبر الآبي لأنه يمكن قسمة ذلك الملك المشترك ويستقل كل شريك بحقه ، فان عمره الشريك الآخر بلا إذن شريكه فهو متبرع لأنه غير مضطر . ومن الملك الذي يقبل القسمة أن ينهدم بناء الدار أو الحمام الصغيرين ويصير كل منهما ساحة لا بناء فيها .

ــــ كتاب العارية ــــ

الاعارة تمليك المنافع مجانا ، والعارية هي العين المستعارة ، ويقال لمالك العين معير وللمتنفع مستعير ، ويشترط لصحة الاعارة قابلية العارية للانتفاع بها مع بقاء عينها فان كان الانتفاع لا يتم إلا بالاستهلاك

فهذا هو القرض وسيأتى .

ما يجوز للمستعير وما لا يجوز وضمان العارية

يجب على المستعير أن يعتني بحفظ العين المستعارة وصيانتها كاعتنائه بمال نفسه . والاعارة اما أن تكون مطلقة أو مقيدة ، والتقييد اما أن يكون بنوع الاستعمال كاعارة الدابة للركوب أو للحمل أو اعارة الارض للبناء أو للغرس . واما أن يكون بوقت الاستعمال أو مكانه أو بتخصيص الانتفاع بشخص معين ، فان كانت الاعاره مطلقة من كل قيد فانه يجوز للمستعير أن ينتفع بالعارية فى أى وقت وفى أى مكان وبأى استعمال أراد بشرط أن لا يتجاوز المعهود المعروف ، فان تجاوزه فهلكت العارية ضمنها . واذا قيد المعير نوع استعمال أو وقته أو مكانه فليس للمستعير أن ينتفع بالعارية فى غير الوقت والمكان المعينين وليس له مخالفة نوع الاستعمال المأذون به ومجاوزته إلى ما فوقه ضررا فان خالف الى أقل منه أو مثله جاز . وإن عين المعير منتفعا فاما ان تكون العارية مما يختلف باختلاف المستعمل كدابة للركوب وثوب اللبس ، أو مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالثور يستعار لحراثة الارض والحجره تستعار لسكنى شخص . وعلى كل اما ان ينهى المعير المستعير عن إعاره العين لغيره أولا ، فان نهاه عن اعاره العين لغيره فخالف وأعارها فهلكت العارية يضمن المستعير مطلقا سواء كانت العارية مما يختلف باختلاف المستعمل أم لا . وان لم ينهه فان كانت العارية مما يختلف باختلاف المستعمل فليس للمستعير اعارتها لغيره وأن لم يعين المعير منتفعا بل أطلق الاعارة جاز للمستعير أن ينتفع

بالعارية بنفسه وأن يعيرها لغيره مطلقا ولكن إذا كانت مما يختلف باختلاف المستعمل فليس للمستعير أن يعيرها لغيره بعدأن ينتفع هو بها ؛ وفى كل موضع لا يجوز له أن يودعها ، ومتى جاز له أن يعيرها جاز له أن يودعها .

ولا يجوز للمستعير أن يؤجر العارية ولا يرهنها ولكن إذا استعارها ليرهنها باذن المعير جاز له ذلك . فاذا خالف فهلكت ضمن .
والقاعدة العامة للضمان أن العارية أمانة فى يد المستعير فان هلكت أو نقصت بدون تعـد أو إهمال فلا تضمن وأن هلكت بتعد أو إهمال وتقصير ضمنت ومن التعـدى مجاوزة الشرط الى ما فوقه ، وحبس العارية بعد مضي وقتها المعلوم أو بعد إنتهاء العمل المستعارة لاجله ، وإيداعها فى الحالة التى لا تجوز فيها إعارتها « ومن ذلك ردها الى مالكها على يد أجنبي من تلك الحالة » ومن الاهمال أن يقصر فى حفظ العارية وأن لا يمنع عنها التلف من كونه قادراً على منعه . وفى كل تصرف من التصرفات الموجبة للضمان إذا ادعى المستعير أنه فعله باذن المعير وأنكر المعير ذلك يضمن المستعير إلا إذا أثبت دعواه ببينة .

والاعاره من العقـود غير اللازمة فللمعير أن يرجع فيها فى أى وقت شاء سواء كانت موقتة أو غير موقتـة ، ولكن إذا كان فى استردادها ضرر لزواله نهاية معلومة كالزرع فان العين تبقى فى يد المستعير بأجر المثل حتى يحصد الزرع . وإذا كانت الارض معاره للبناء والغرس فأما أن تكون الاعاره مقيده بمده معلومة أوغير مقيده

فان كانت غير مقيدة كلف المعير المستعير قلع الشجر والبناء وليس له تملكهما بدون رضا المستعير ولكن إذا كان القلع يضر بالارض فالمعير بالخيار ان شاء كلف المستعير قلعهما ورضي بالضرر وإن شاء تملكهما جبرا على المستعير بقيمتهما مقلوعين ، وإن كانت الاعارة مقيدة بمدة ورجع المعير على المستعير قبل انقضاء المدة وكلفه بهدم البناء وقلع الشجر فان المعير يضمن فرق قيمتهما بين وقت القلع وانتهاء مدة الاعارة ، فاذا كانت قيمة البناء والاشجار مقلوعين حين الرجوع عن الاعارة ثلاثين جنيها وقيمتهما لو بقيا الى انتهاء وقت الاعارة تسعين جنيها لزم المعير أن يعطي المستعير ستين جنيها . «وفي هذا المقام تفصيل وخلاف بين الائمة لا يتسع له هذا المختصر»

رد العارية يلزم المستعير أن يرد العارية الى المعير بنفسه أو على يد أمينه فاذا ردها على يد غير أمينه فهلكت فعليه ضمانها . وإن كانت العارية من الأشياء النفيسة كالأحجار الكريمة والحلي يلزم في ردها أن تسلم إلى المعير نفسه وإن كانت من الأشياء غير النفيسة جاز تسليمها إلى من هو في عيال المعير كابنه أو إلى خادمه إذا كان من شأنه أن يتسلم مثلها . ونفقة رد العارية ومؤونة نقلها على المستعير وكذلك النفقة عليها وهي عند المستعير .

« كتاب القرض »

القرض هو أن تدفع لغيرك عينا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها . ويتم القرض بالقبض فاذا هلكت العين المقترضة بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المستقرض ومتى قبض المستقرض العين المقترضة في ملكه ، وثبت في ذمته مثلها لاعينها ولو كانت قائمة ، وقال أبو يوسف لا يملك المستقرض القراض مادام قائما (١) . ولا يصح القرض إلا في المثليات حتى يتأتى رد البدل ومن ذلك استقراض نقود الذهب والفضة والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة . وتأجيل القرض صحيح ولكنه غير لازم فللمقرض استرداده قبل حلول الأجل . وإذا طلب المقرض رد القرض وكان المستقرض معسرا لامال له فنظرة إلى ميسرة ، وإن لم يكن في وسع المستقرض رد مثل الأعيان التي قترضها بأن استهلكها ثم انقطعت عن أيدي الناس فان المقرض يجبر على الانتظار إلى أن يوجد مثلها أو يرضى بأخذ قيمتها . ويجوز وفاء القرض في بلد آخر من غير اشتراط ذلك في العقد . ولا يجوز للاب اقتراض مال ولده الصغير لنفسه ولا اقراضه لغيره وذلك للعجز عن التحصيل وهذا القول هو الاصح ويقابله قول آخر صحيح وهو جواز الاقراض ومع ذلك فقد استثنى

---

(١) واستدل بأن القرض اعارة إلا أن العين هنا قامت مقام المنفعة والمنفعة لا تملك الا باستهلاكها فكذا العين ، ودليل الامام ومحمد أن العين لما قامت مقام المنفعة قام قبضها مقام قبض المنفعه

الاقراض للضرورة كحرق ونهب فانه يجوز اتفاقا ، وإذا لم يجز للأب أقراض مال ولده الصغير ولا اقتراضه فكذلك الوصي بالاولى . ومن اقترض شيئا من المكيلات أو الموزونات أو نقود الذهب والفضة فرخصت أسعارها أو غلت رد مثلها ولا عبرة برخصها وغيرها وذلك لان القرض مضمون بمثله وفي هذا المقام تفصيل وخلاف يرجع اليه في محله . واذا استقرض صبي محجور عليه شيئا فأما أن يستهلكه أو يهلك هو وحده أو يبقى فأن هلك وحده فلا ضمان ، وأن بقي استرد ، وأن استهلكه الصبي فعليه ضمانه (على قول أبي يوسف) وقيل لا يضمن (وهو قول الامام ومحمد)

« كتاب الوديعة »

الإيداع هو أن يجعل الانسان ماله تحت يد غيره ليحفظه له ، ويسمى المال المودع وديعة . وينعقد الايداع بالايجاب والقبول صراحة أو دلالة ويتم بالتسليم حقيقة أو حكما . فلو وضع شخص ماله بين يدى آخر ولم يقل شيئا وسكت الآخر عند وضعه فانه يجب عليه حفظه. وإذا كانت الوديعة موضوعة في صندوق مغلق أو نحوه وتسلمها المستودع صح ذلك وان كان يجهلها . فان ادعى صاحبها عند ردها اليه نقصان شيء منها فلا يجب على المستودع اليمين الا إذ أدعي المودع عليه الخيانة . ولكل من المودع والمستودع فسخ عقد الايداع متى شاء ، ومتى طلب صاحب الوديعة وديعته فعلى المستودع تسليمها اليه فان منعها منه

بلا حق (١) وهو قادر على تسليمها فهلكت فعليه ضمانها . فان كان عاجزا عن تسليمها فلا ضمان عليه بهلاكها . ويشترط لصحة الايداع أن تكون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها فلا يصح ايداع الطير في الهواء ويشترط أيضا كون المودع والمستودع عاقلين مميزين

« أحكام الوديعة وحفظها وضمانها »

الوديعة أمانة لا تضمن بالهلاك مطلقا سواء أمكن التحرز منه (كالسرقة) أولا (كالحرق والغرق) وانما يضمنها المستودع بتعديه عليها أو تقصيره في حفظها وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس على المستودع غير المغل ضمان »(٢) ولان شرعية الوديعة لحاجة الناس اليها فلو ضمن المستودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل للمصالح ولكن إذا كان الايداع باجرة فهلكت الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه(٣) فضمانها على المستودع لانه مستأجر على الحفظ قصدا وذلك يخرج الوديعة عن كونها أمانة . واذا اشترط في

---

(١) فان كانت الوديعة سيفا أراد صاحبه أن يأخذه ليضرب به رجلا ظلما فللمستودع المنع في الدفع ، وليقس على هذا أمثاله

(٢) المغل هو الخائن

(٣) تحديد ما يمكن التحرز يكاد يكون متعذرا فيجب الرجوع في كل حادثة إلى الأسباب التي اتصلت بها واكتنفتها وبذلك يمكن الحكم بأن ماحصل يستطاع التحرز منه

عقد الوديعه شرط على المودع عنده وكان الشرط مفيداً ومراعاته ممكنه وجب اعتباره والعمل به (كأن يشترط جعل الوديعه فى حجرة فيجعلها المستودع فى حجرة أخرى أقل منها صونا) وإن كان غير مفيد (كأن يكون فى حجرة مبنية وقان وهما سيان فى الحفظ فيشترط جعل الوديعة فى أحدهما بعينه) أو كان مفيداً لكن مراعاته غير ممكنه (كأن يشترط جعل الوديعة فى دار معينة فينقلها المستودع الى محل آخر بسبب وقوع حريق فى تلك الدار) فهو لغو لا يتقيد به . واذا أكره المستودع على تسليم الوديعة لغير مالكها اكراهاً ملجئا فسلمها فلا ضمان عليه فان كان الاكراه غير ملجيء فعليه الضمان .

التصرف فى الوديعة لا يجوز للمستودع أن يودع الوديعة عند أجنبي من غير عذر بدون اذن صاحبها فان أودعها بلا اذنه وهلكت بتعدى المستودع الثانى فلصاحب الوديعة الخيار فى تضمين أحدهما فان ضمن الاول فله الرجوع على الثانى (لهلاك الوديعة بتعديه) ، وان ضمن الثانى فلا رجوع له على أحد ، وان هلكت عند الثانى بدون تعديه قبل أن يفارقه الاول فلا ضمان على أحدهما (لان الايداع لم يتم حتي تتحقق المخالفة) وان هلكت بعد مفارقته فلصاحبها أن يضمن الاول لا الثانى . وكذلك ليس للمستودع أن يؤجر الوديعة أو يعيرها أو يرهنها أو ينتفع بها بدون اذن صاحبها فان فعل شيئا من ذلك كان غاصبا فيضمن الوديعة اذا هلكت بسبب من تلك الاسباب . واذا نهاه صاحبها عن السفر بها أو عين له مكان حفظها أو لم ينهه ولكن

طريق السفر مخوف (سواء كان براً أو بحراً) وسار بها سفراً غير مضطر اليه فهلكت فعليه الضمان ، وان كان السفر لا بد له منه فاما أن يكون له عيال أو لا ، فان لم يكن له عيال أو كان له عيال وسافروا معه فلا ضمان عليه اذا هلكت الوديعة أثناء السفر فى الحالين ، واما اذا سافر وحده وترك عياله فليس له أن يسافر بالوديعة لانه يمكنه أن يحفظها عند عياله .

خلط الوديعة بغيرها - اذا خلط المستودع الوديعة بماله أو بمال غيره بلا اذن صاحبها بحيث يتعسر تمييز المالين فعليه ضمانها ، وان كان الخالط غيره فضمانها على الخالط ، وان كان الخلط باذن صاحبها أو اختلطت بدون صنع أحد فان المستودع يصير شريكا لمالك الوديعة شركة ملك فان هلك المال بلا تقصير منه فلا ضمان عليه .

حكم الوديعة عند غياب مالكها والنفقة عليها - اذا كان صاحب الوديعة غائبا غيبة منقطعة وفرض الحاكم عليه نفقة لزوجته ولمن تلزمه نفقتهم كاولاده فدفعها المستودع اليهم بأمر الحاكم من النقود المودعة عنده فلا يلزمه ضمانها ، فان كان الدفع بلا اذن الحاكم فعليه الضمان . وفى تلك الغيبة المنقطعة يجب على المستودع الاستمرار فى حفظ الوديعة فان كانت مما يتلف بالمكث باعها بأمر الحاكم وحفظ ثمنها عنده أمانة . والوديعة التى تحتاج الى نفقة ومؤونة تكون نفقتها على صاحبها فان كان غائبا يرفع المستودع الامر الى الحاكم والحاكم

يأمره بإجراء الأنفع والأصلح في حق صاحب الوديعة فان كان يمكن ايجاره آجرها بأمر الحاكم وأنفق عليها من أجرتها أو باعها بثمن مثلها ، واذا لم يمكن ايجارها باعها فوراً بثمن المثل أو أنفق عليها من ماله ثلاثة أيام ثم يبيعها بثمن مثلها ثم يطلب نفقة تلك الأيام الثلاثة من صاحبها ، واذا أنفق عليها بدون اذن الحاكم فهو متبرع فليس له مطالبة صاحبها بما أنفقه عليها

حكم الوديعة بعد موت المودع أو المستودع - إذا مات المستودع ووجدت الوديعة معينة في تركته فهي أمانه في يد الوارث واجب عليه أداؤها لصاحبها ، فان مات مجهلا حال الوديعة ولم توجد في تركته ولم تعرفها الورثة تكون دينا واجبا أداؤه من تركته كسائر ديونه . فاذا باع وارث المستودع الوديعة بعد موته وسلمها للمشتري فهلكت في يده يخير صاحبها بين أن يضمن البائع أو المشتري قيمتها يوم البيع والتسليم إن كانت قيمية أو مثلها إن كانت مثلية فان ضمن المشتري يرجع على البائع بالثمن الذي أعطاه اياه . وإن كانت الوديعة قائمة في يد المشتري يخير صاحبها بين رد البيع أو أجازته وإذا مات المودع تسلم الوديعه إلى وارثه ولكن إذا كانت التركة مستغرقة بالدين يرفع الامر إلى الحاكم فان سلمها المستودع إلى الوارث بدون اذن الحاكم فهلكت فعلى المستودع ضمانها

« تنبيه » - في كل موضع لزم ضمان الوديعة ضمنت بمثلها إن كانت من المثليات ووجد في السوق مثلها ، أو بقيمتها إن كانت من

القيميات أو المثليات ولم يوجد مثلها فى السوق ، وليس هذا الحكم خاصا بالوديعة بل هو عام فى جميع مسائل الضمان

« كتاب الكفالة »

الكفالة هى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة بدين أو عين أو نفس . فالاصيل هو المطالب فى الاصل ويقال له المكفول عنه والمكفول ، والكفيل هو الضامن الملتزم بتأدية ما على الأصيل من الحق . والمكفول له هو صاحب الحق فى المطالبة . والشىء المطالب به سواء كان مالا أو نفسا يقال له مكفول به . وركن الكفالة الايجاب والقبول من الكفيل والمكفول له فلا تصح بلا قبول صاحب الحق أو نائبه ولو فضوليا فى مجلس العقد . وقال أبو يوسف إنها تتم بايجاب الكفيل وحده ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك . ولا بد أن يكون الكفيل عاقلا بالغا . والمكفول له كذلك أو صبيا مأذونا له بالتجارة . وأما المكفول عنه فلا يشترط فيه شىء من ذلك فتصح الكفالة عن المجنون والصبى مطلقا (١) ويشترط أيضا لصحة

(١)ـ اذا ادعى رجل على صبي أو مجنون شيئا فكفل رجل عنه بنفسه او بما عليه بغير اذن وليه فانه تصح الكفالة سواء كان الصبي مأذونا له فى التجارة اولا وسواء كان عاقلا أو غير عاقل ، فان الزم الكفيل باحضاره فلا يجبر الصبي على الحضور معه الا فى حالتين : «الاولى» ان تكون الكفالة بطلب الصبي والصبي تاجر « الثانيه » ان الكفالة بطلب ولى أمره مطلقاً . وان كانت الكفالة بمال وأدى الكفيل ذلك المال فلا يرجع به على الصبي الا اذا كان تاجرا وأمره ابوه او وصيه بالضمان

الكفالة أن يكون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل فلا تجوز بالقصاص ولا تصح كفالة نفس الغائب الذى لا يدرى مكانه. ويشترط أيضا فى كفالة المال أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بنفسه فان كان مضمونا بغيره أو غير مضمون فلا تصح كفالته ؛ فالمضمون بنفسه هو الاعيان التي تجب قيمتها عند هلاكها ان كانت قيمية أو مثلها ان كانت مثلية كالمبيع فاسدا والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ، والمضمون بغيره هو الاعيان الواجبة التسليم وهى قائمة وعند هلاكها لا يجب مثلها ولا قيمتها كالرهن والمبيع قبل القبض فالاول مضمون بالدين والثانى مضمون بالثمن ، وغير المضمون هو الامانات كالوديعة ومال الشركة والمضاربة والعارية والمقبوض على سوم النظر والمؤجر فى يد المستأجر ولكن اذا كفلت فى حال هلاكها بالتعدى عليها جازت الكفالة لانها تكون حينئذ مضمونة. ويصح أن تكون الكفالة منجزة أو مضافة الى زمن مستقبل أو معلقة بشرط ملائم بأن يكون شرطا لوجوب الحق (كقوله ان استحق المبيع فأنا ضامن) أو لامكان الاستيفاء (كقوله ان قدم زيد فعلىّ ما عليه من الدين) أو لتعذر الاستيفاء (كقوله ان مات ولم يدع شيئا فعلى ما عليه من الدين) واذا كفل المريض مرض الموت غيره فكفالته فى حكم الوصية فلا تجوز ان كان مديونا بدين محيط بماله وتجوز فيما عدا ذلك ان خرجت من ثلث الباقى بعد أداء الدين. وتصح الكفالة عن الكفيل وان يتعدد الكفلاء.

(الكفالة بالنفس)

المضمون فى الكفالة بالنفس هو إحضار المكفول فان اشترط فى الكفالة تسليمه فى وقت معين فالكفيل يجبر على إحضاره وتسليمه للمكفول له فى الوقت المعين عند طلبه، فان أحضره برىء من الكفالة وأن لم يحضره فللحاكم أن يحبسه حتى يتبين له عجزه عن إحضاره . وأن كان المكفول غائبا فاما أن يعلم مكانه أو لا . فان كان لا يعلم مكانه فلا يطالب به الكفيل، وأن علم وأراد الكفيل أن يذهب اليه ليحضره فللمكفول له أن يستوثق بأخذ كفيل عن الكفيل . ويبرأ الكفيل بتسليم المكفول للطالب فى مجلس الحكم أو فى مكان آخر بحيث يتمكن من مخاصمته بشرط أن يكون تسليمه إياه بطلبه أو يعلمه بأنه سلمه اليه بحكم الكفالة . و إذا مات المكفول برىء الكفيل وكفيله، ويبرأ الكفيل الثانى أن مات الأول ، ولا يبرأ الكفيل بموت الدائن المكفول له بل يكون لورثته الحق فى مطالبة الكفيل باحضار المكفول .

الكفالة بالمال

(تمهيد ان) الاول - الدين الصحيح هو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الابراء كدين القرض والاجرة والثمن - وغير الصحيح هو ما عدا ذلك كدين النفقة على الزوجة و بدل الكتابة فان النفقة على الزوجة تسقط بالموت أو الطلاق و بدل الكتابة يسقط بالعجز عن آدائه .

الثانى - الكفالة أما أن تكون بأمر المكفول عنه (كأن يقول

تكفل عنى أو أضمن عنى) أو بدون أمره . فان كفل بأمره رجع عليه بما أدى لأنه قضى دينه بأمره ، وأن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه ولا يمكن إثبات المال فى ذمة المطلوب بلا رضاه وقال الامام مالك رضى الله عنه : الكفيل إذا أدى رجع على المكفول عنه سواء كفل بأمره أو بغير أمره لأن الطالب باستيفائه المال من الكفيل قد أقامه مقام نفسه فى أخذ المال من الأصيل ، أو ملكه ما على الأصيل له فى مقابلة ما أخذه منه — فان كان زيد مديونا لبكر بمائة جنيه فكفل خالد عن زيد أعطى بكرا مائة الجنيه بحكم الكفالة فانه يرجع على زيد مطلقا بناء على مذهب الامام مالك وذلك لأن أخذ بكر (الدائن) مائة الجنيه من خالد (الكفيل) دليل على رضاه باقامة خالد مقامه فى أخذ مائة الجنيه (الدين المكفول) من زيد أو يكون قد ملك خالدا مائة الجنيه التى فى زمة زيد فى مقابلة مائة الجنيه التى أخذها منه — وهذا كلام وجيه — وقد احتج على ذلك الحنفية بأن تمليك الدين لغير من عليه الدين لا يجوز واستدلوا بما تقدم . إذا فهمت هذا فاعلم أنه فى كل مسألة تجد فيها أن الكفيل يرجع على الاصيل ويطالبه أن ذلك إنما يكون إذا كانت الكفالة بأمر الاصيل فلا تغفل .

الكفالة تصح بالمال سواء كان معلوما أو مجهولا لأنها مبنية على التوسع وإنما تصح بالدين الصحيح الثابت فى الذمة وبدين النفقة المقدرة للزوجة بالتراضي أو بأمر القاضي . ولكن لا تصح كفالة أحد

الشركة حصة صاحبه الدين المشترك بينهم لأنه لو صح الضمان مع بقاء الشركة يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤدى من الدين إلا وهو مشترك بين الشركاء ، ولو صح فى حصة صاحبه بأن كفل نصفا مقدرا فان هذا يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه وهذا لا يجوز لأن القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو أن يصير حق كل منهما مفرزا فى حيز على حدة وهذا لا يتصور فى غير العين لأن الفعل الحسى يستدعى محلا حسيا والدين حكمى لا حسى . وكذلك لا تصح كفالة الوكيل بالثمن عن المشترى فيما باعه له لأن حق القبض للوكيل بالاصالة فيصير ضامنا لنفسه . ومثل الوكيل الوصى وناظر الوقف . ومتى صحت الكفالة فانه يجوز للدائن مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معاً ، وان كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما .

حكم الدين المكفول إذا كان مؤجلا أو حالا وتأديته – إذا كان الدين مؤجلا على الأصيل فانه يتأجل على الكفيل وإن كان حالا وكفله الكفيل كفالة مؤجلة تأجل على الكفيل والأصيل «١» إلا إذا أضاف الكفيل الأجل الى نفسه ، أو اشترط الدائن وقت الكفالة أن يكون الاجل للكفيل خاصة ففى هاتين الصورتين لا يتأجل على الأصيل ، وإذا كان الدين حالا ثم أجل على الأصيل فانه يتأجل على

(١) ذلك لأن الطالب ليس له حال الكفالة حق يقبل التأجيل الا الدين فبالضرورة يتأجل على الأصيل بتأجيل الكفيل

الكفيل وكفيله وأن أجل على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثاني ولا يتأجل على الأصيل . وأن عجل الكفيل بدفع الدين المؤجل فلا يرجع به على الأصيل إلا عند حلول الأجل ، وليس للكفيل مطالبة الأصيل بالدين المكفول قبل أن يؤديه للدائن ومع ذلك إذا أداه وكان الاصيل صبيا محجورا عليه فلا يرجع عليه .

تعدد الكفلاء — إذا كان لدين كفلاء متعددون فذلك يكون على ثلاث صور : « الاولى » أن يكون كل منهم قد كفل على حدته كل الدين بعقد مستقل ، « الثانية » أن يكونوا قد كفلوا معا بعقد واحد « الثالثة » أن يكون كل واحد من الكفلاء قد كفل ما فى ذمة الاخرين فى الصورتين السابقتين . ففى الصور الاولى والثالثة يطالب كل واحد بمجموع الدين . وفى الصورة الثانية يطالب كل واحد منهم بمقدار حصته .

حكم الكفالة إذا مات الاصيل أو الكفيل — الاجل يسقط بموت من له الاجل فاذ مات الاصيل وكان الدين مؤجلا يصير مستحق الاداء حالا بالنسبة له ويكون للدائن أخذه من تركته ، وكذلك اذا مات الكفيل فان الاجل يحل أيضا بموته بالنسبة اليه ويكون للدائن أخذه من تركته فاذا أداه وارث الكفيل فلا يرجع على الاصيل الا عند حلول الأجل ، وإذا مات الأصيل والكفيل معا فللطالب أخذ الدين حالا من أى التركتين (لا تنس ما تقدم فى التمهيد الثانى) .

تتمة إذا مات المديون مفلسا ولم يترك كفيلا ولا رهنا سقط

عنه الدين .

(تنبيه) ـ للكفيل بالنفس أو بالمال أن كانت كفالته حالة أن يمنع الاصيل من السفر « أن كانت الكفالة بأمره » ولا يدعه يتمكن منه حتى يخلصه من الكفالة بتسليم نفسه « فى كفالة النفس » أو بدفع الدين الى الطالب « فى كفالة المال » .

« الابراء من الكفالة »

أداء الأصيل أو الكفيل المال المكفول يوجب براءة الاصيل والكفيل وكفيله وابراء الدائن الأصيل يوجب براءة الكفيل ولا عكس وإذا مات الدائن وانحصر ميراثه فى المديون برىء كفيله ، فان كان للدائن وارث آخر برىء الكفيل من حصة المديون فقط . واحالة الاصيل غريمه بالدين المكفول له على آخر حوالة مقبولة توجب براءة الاصيل وكفيله . واذا استحق المبيع برىء الكفيل من الثمن الذى كان ضامنا له .

« كتاب الحوالة »

إذا كان زيد مدينا لحسن بعشرة جنيهات فأحال زيد حسنا على بكر بهذا الدين يأخذه منه وقبل حسن وبكر هذا التحويل فانه يترتب على ذلك أن حسنا بعد أن كان يطالب زيدا بعشرة الجنيهات المذكورة أصبح يطالب بها غيره وهو بكر ، ويسمى هذه حوالة . فالحوالة إذا هى نقل الدين من ذمة شخص الى شخص آخر . ويسمى المدين محيلا ، والدائن محالا وغريما وطالبا ، والملتزم بدفع للدين بالنيابة عن المدين

محالا علية ، والدين محالا به ، فإن كان بكر « المحال عليه » مدينا لزيد « المحيل » أو لديه عين لزيد أمانة أو مضمونة وقيدت الحوالة بشيء من ذلك كانت حوالة مقيدة فيؤدى بكر الدين الذى أحيل عليه وهو عشرة الجنيهات من مال زيد الذى عنده سواء دينا أو عينا . وأن لم يكن لزيد مال مطلقا عند بكر أو كان له لديه مال « دين أو عين ولكن لم تقيد الحوالة به بل أطلقت إطلاقا كانت حوالة مطلقة .

« شروط صحة عقد الحوالة ونفاذه »

ولا يتم عقد الحوالة إلا باستيفاء شروط انعقاده ونفاذه وصحته فيشترط لانعقاده أن يكون المحيل والمحال عاقلين وأن يكون المحال عليه عاقلا بالغا ويشترط لنفاذه كون المحيل والمحال بالغين فحوالة الصبي المميز « أي كونه محيلا » وقبوله الحوالة لنفسه « أي كونه محالا تنعقد موقوفة على أجازة وليه أو وصيه فإن أجازها نفذت ولكن يشترط في حال قبوله الحوالة لنفسه أن يكون المحال عليه املأ (أغنى) من المحيل لأنه بدون ذلك لا يكون للحوالة فائدة . ويشترط لصحة رضا الكل أي المحيل(١) والمحال والمحال عليه أما رضا المحيل فلأن ذوى المروآت قد يأنفون تحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلابد من رضاه . وأما رضا المحال فلأن فيه انتقال حقه إلى

---

(١) وقيل لا يشترط رضا المحيل لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر بل في ذلك منفعة له لأن المحال عليه لا يرجع إذا لم يكن بأمره اهـ أنظر ما كتب في الكفالة في رجوع الكفيل على المكفول عنه وقس هذا عليه .

ذمة أخرى والذمم متفاوتة وأما رضا المحال عليه فلأنها الزام الدين ولا لزوم بلا التزام ولكن إذا استدانت الزوجة النفقة بأمر القاضي فلها أن تحيل على الزوج بلا رضاه . ويشترط أيضا لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديونا له للمحال ، فان لم يكون مديونا له فهي وكالة لا حوالة ، ولا يشترط أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل كما تقدم في الحوالة المطلقة .

(الديون التي تجوز الحوالة بها)

كل دين لا تصح به الكفالة فالحوالة به غير صحيحه ، وكل دين تصح به الكفالة فالحوالة به صحيحة ولكن يشترط أن يكون الدين معلوما فلا تصح الحوالة بالدين المجهول . وكما تصح الحوالة بالديون الصحيحة المترتبة إصالة في لذمة تصح الحوالة أيضا بالديون المترتبة في الذمة من جهة الكفالة والحوالة أي يجوز للكفيل والمحال عليه ان يحيلا على غيرهما .

(أحكام الحوالة)

متى تم عقد الحوالة برىء المحيل من الدين ومن المطالبة (١)

(١) هذا قول أبي وهو المختار وقال محمد يبرأ المحيل من المطالبة فقط ولا يبرأ من الدين وثمرة الخلاف تظهر في موضعين (أحدهما) اذا أبرأ المحال المحيل من الدين قال أبو يوسف لا يصح وقال محمد يصح (ثانيهما) أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبي يوسف (كما لو أبرأه من الدين) وعند محمد ليس له ذلك (كما لو أجل الدين) .

وثبت للمحال حق مطالبة المحال عليه ولكن براءة المحيل مقيدة بسلامة حق المحال (١) وسيأتى تفصيل ذلك فى بيان ما يوجب

---

(١) وأن لم يكن ذلك مشروطا فى العقد لكنه يرجع فيه الى العرف ونظير هذا عقد البيع لما كان فى العرف يراد به سلامة المبيع للمشترى وخلوه من العيب فعند فواته بالاستحقاق أو بالهلاك قبل القبض أو عند ظهور عيب فيه يرجع المشترى بالعوض وهو الثمن ، كذلك الحوالة لان ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل باحالته هو فاذا فات الخلف رجع بالأصل (فكأن الدين الذى فى ذمة المحيل بمنزلة الثمن وكأن ما التزم به المحال عليه بمنزلة المبيع فيكون حكمه عند هلاكه كحكم المبيع عند هلاكه) . وأما مذهب الشافعى رضى الله عنه فهو براءة المحيل براءة مطلقة لان عقد الحوالة مطلق لم يشترط فيه بالرجوع فلا يرجع المحال بدينه عليه إلا بسبب جديد يتبين به بطلان الحوالة من أصلها ذلك كما لو أحال المشترى البائع بالثمن فرد المبيع بعيب أو ظهر أنه مستحق للغير أو هلك قبل القبض فان الحوالة تبطل لارتفاع الثمن وأما لو تعذر أخذ الدين بسبب جحود المحال عليه أو موته مفلسا فلا يرجع محال على المحيل ، ونظير هذا ما إذا أخذ المحال عوضا عن الدين من المحيل ثم تلف فى يده (فكأن ما التزم به المحال عليه هو ذلك العوض الذى أخذه المحال فى مقابلة دينه وكأن جحود المحال عليه أو موته مفلسا بمنزلة هلاك العوض المأخوذ بدل الدين) .

بطلان الحوالة) .

وقد علمت مما تقدم أن الحوالة أما مطلقة أو مقيدة وأن المطلقة لها صورتان « الاولى » أن لا يكون للمحيل عند المحال عليه شيء ما « الثانية » أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل أو لديه عين أمانة أو مضمونة له ولكن لم يلتفت فى عقد الحوالة الى شيء من ذلك ؛ ففى الصورة الثانية يكون للمحيل الحق فى مطالبة المحال عليه بماله عنده بعد الحوالة لأنه لا تعلق للمحال بذلك الدين أو العين لوقوع الحوالة مطلقة عنه بل الحوالة متعلقة بذمة المحال عليه وفى الذمة سعة) فان أدى الدين المحال به للمحال سقط مما عليه للمحيل بقدر ما أدى . وفى الصورة الاولى إذا أدى المحال عليه الدين بأمر المحيل فله الرجوع عليه وأن أداه بدون أمره فهو متبرع . وأما فى الحوالة المقيدة فليس للمحيل مطالبة المحال عليه بالمال الذى قيدت به الحوالة « سواء كان دينا أو عينا مضمونة أو أمانة » وليس للمحال عليه دفع ذلك المال للمحيل لأنه صار بمنزلة الرهن لتعلق حق المحال به . وإذا اشترط فى الحوالة المقيدة أن يبيع المحال عليه العين التى للمحيل عنده ويؤدى الدين المحال به من ثمنها وتم العقد على ذلك فان المحال عليه يجبر على البيع وتأدية الدين من الثمن ولكنه لا يجبر على الدفع من ماله قبل البيع .

وإذا احال المرتهن غريما له على الراهن سقط حقه فى حبس الرهن وكذلك البائع إذا احال غريما له على المشترى سقط حقه فى حبس

العين المبيعة ، أما إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشترى البائع بالثمن على آخر فلا يسقط حق المرتهن فى حبس الرهن ولا حق البائع فى حبس المبيع

والدين المحال به اما حال أو مؤجل وعلى كل فانه يتحول على المحال عليه بصفته التى على المحيل فان كان حالا تكون الحوالة به حالة ويدفع المحال عليه الدين المحال به معجلا ، وإن كان مؤجلا تكون الحوالة به على المحال عليه مؤجلة ولا يلزم بالدفع إلا عند حلول الاجل ، ويترتب على ذلك أنه إذا مات المحيل بقى الاجل (لأن الدين انتقل إلى المحال عليه) وإن مات المحال عليه صار الدين حالا (لأن الدين المؤجل يحل بموت المديون) فيؤدى من تركته فان بقى شىء من الدين رجع به على المحيل ليؤديه عند حلول الاجل (إذ الدين بالنسبة له مؤجل وهو حى لم يمت فلا يلزم بتأديته إلا اذا حل الاجل)

« مايوجب بطلان الحوالة ومالا يوجبه »

اذا اشترط فى الحوالة خيار الرجوع للمحال فله الرجوع بدينه على المحيل ، ولكل من الحوالة المطلقة والمقيدة أسباب تبطلها بها

مانبطل به الحوالة المطلقة ـ تبطل الحوالة المطلقة بأحد أمور ثلاثة أمران متفق عليهما وأمر مختلف فيه فأول الامرين المتفق عليهما أن يجحد المحال عليه الحوالة وليس للمحيل ولا المحال بينة ، ثانيهما أن يموت المحال عليه مفلسا ولم يترك شيئا « دينا أو عينا » يفى باداء

المحال به ولا كفيلا بجميع الدين فان ترك شيئاً من ذلك فلا تبطل الحوالة ، وأما الامر المختلف فيه فهو أن يحكم الحاكم بافلاس المحال عليه وهو حي فمذهب الامام أن الحوالة لا تبطل لأن مال الله غاد ورائح فلا مانع من أن يصبح المحال عليه غنياً بعد أن صار فقيراً ، ومذهب الصاحبين أن الحوالة تبطل بناء على أن حكم الحاكم بالافلاس يصح عندهما خلافا له وقالا أن المحال يعجز في هذه الحالة عن الوصول الى حقه وهذا يكفي في بطلان الحوالة ، والصحيح قول الامام ، ويترتب على هذا أن القاضي لو كان يعلم أن الميت دينا على مفلس فعلى قول الامام لا يقضي ببطلان الحوالة

مانبطل به الحوالة المقيدة ـ هذه الحوالة إما أن تكون مقيدة بدين أو عين ، والعين اما أمانة أو مضمونة ولكل حكم فان كانت مقيدة بدين وتبينت براءة المحال عليه من ذلك الدين فاما أن تكون تلك البراءة بأمر سابق على الحوالة أو عارض بعدها وفي كلتا الحالتين تبطل الحوالة قياسا ، ولكن في الاستحسان لا تبطل الحوالة في الحالة الثانية ، واليك مثالا يوضح لك المقام ـ إذا باع لك زيد فرساً بخمسين جنيها ثم أحال عليك غريمه بالثمن يأخذ منك فظهر أن الفرس مستحقة لبكر ومملوكة له من قبل تاريخ البيع فأخذها بحكم الاستحقاق فان الحوالة تبطل لبطلان الدين المقيدة به « وهو ثمن الفرس » بسبب سابق على عقد البيع « إذ تبين بذلك أن زيدا باع ملك غيره » وأما إذا كانت الفرس وقت البيع ملكا لزيد « والبيع والحوالة على الصورة

السابقة » فنفقت « أى ماتت » عنده قبل أن يسلمها اليك أو ظهر لك عيب خفى فيها بعد أن تسلمها فرددتها بهذا العيب فإن البيع يبطل ولا يكون للبائع حق فى الثمن . أما الحوالة فانها تبطل « قياسا » لبطلان ماقيدت به وهو الثمن « وهذا هو مذهب الشافعى وزفر » ، وفى الاستحسان لا تبطل لانه قيد الحوالة بالثمن وقد كان الثمن وقت تقييد الحوالة به واجب الاداء . فتبين بهذا أن الحوالة صحيحة فلا يؤثر فيها ذلك السبب للعارض بعدها وان كان مؤثرا فى بطلان البيع « وإذاً يقال فى حالة الاستحسان أن براءة الاصيل من الدين لم تتبين »

وإن كانت مقيدة بعين أمانة كالوديعة فهلكت قبل أدائها للمحال بلا تعد من المودع عنده فانه يبرأ وتبطل الحوالة فيعود الدين على المحيل (صاحب الوديعة) وكذلك استحقاق الوديعة للغير مبطل للحوالة كهلاكها بدون تعد وأما إذا هلكت بتقصير المودع عنده أو تعديه فلا تبطل الحوالة بل يضمن المودع للمحال قيمتها ان كانت من القيميات أو مثلها ان كانت من المثليات

وان كانت مقيدة بعين مضمونة كأن تكون تلك العين مغصوبة من المحيل فهلكت عند الغاصب المحال عليه (بتعديه او بدون تعديه) فلا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه بل يضمن للمحال مثلها او قيمتها ، لان العين المغصوبة مضمونة مطلقا بخلاف الامانة . والخلاصه

ان الحوالة المقيدة تبطل بهلاك ما قيدت به إذا لم يقم غيره مقامه بحكم الضمان

« حكم الحوالة بعد موت أحد العاقدين »

إذا مات المحيل مديونا قبل استيفاء المحال جميع الدين من المحال عليه فما قبضه منه فى حياة المحيل فهو له (أى للمحال ويكون قد ملكه بالقبض) وما لم يقبضه فهو فيه اسوة غرماء المحيل ويقسم الدين بينهم بنسبة الديون التى لهم على المحيل فان كان دين الحوالة الف جنيه (مثلا) فأخذ منه المحال مائتين فى حياة المحيل فلما مات المحيل وجد أنه مديون لزيد بألف جنيه ولبكر بستمائة ولخالد بألف وستمائة فان الباقى من دين الحوالة وهو ثمانمائة جنيه يقسم بينهم جميعا على نسبة ديونهم (باعتبار المحال واحدا منهم) وعلى ذلك يخص المحال (١٦٠) جنيها وزيدا (٢٠٠) وبكراً (١٢٠) وخالدا (٣٢٠) وليس للمحال أن يرجع بعد ذلك على المحال عليه ويطالبه بما بقى له ، وقال زفر رحمة الله أن دين الحوالة يختص به المحال وحده ولا يشاركه فيه أحد غرماء المحيل ومذهب زفر هو القياس لان حقه متعلق بالدين المحال به فله به امتياز على سائر الغرماء كالمرتهن بالنسبة للرهن ، وأما ما تقدم وهو مذهب الامام وصاحبيه فانه مبنى على أن بين الحوالة والرهن فرقا فالمرتهن واضع يده على المرهون وحابس له بخلاف المحال فانه غير واضع يده على شىء وليست الحوالة موضوعة للتمليك بل للنقل . وإذا مات المحال عليه مديونا يقسم ماله بين الغرماء وبين المحال بالحصص وما

بقى للمحال بعد القسمة يرجع به على المحيل . وإذا مات المحال وكان المحال عليه وارثا له بطل ما كان للمحيل على المحال عليه فإذا احال زيد حسنا على ابنه بكر بألف جنيه فى ذمة بكر لزيد فمات حسن وليس له وارث الا ابنه بكر (المحال عليه) فليس لزيد بعد ذلك أن يطالبه بهذا الدين مرة أخرى

« براءة المحال عليه »

يبرأ المحال عليه بتأدية الدين المحال به أو باحالة المحال على غيره وقبول ذلك الغير الحوالة .

ولما كانت البراءة اسقاطا للحق والهبة تمليكا اختلف حكم ابراء المحال المحال عليه من الدين وهبته له . ففى حالة الابراء يسقط الدين فلا يرجع المحال عليه على المحيل بشيء ، وفى حالة الهبة يملك المحال عليه الدين فيرجع به على المحيل

«تتمة» فى حكم السفتجه ـ اذا أقرضت رجلا مالا فى مصر على أن يكتب لك إلى بعض عملائه فى دمشق بأن يسلمه اليك هناك فهذا لا يجوز لانه قرض جر نفعا وهو منهى عنه (وهذا النفع هو أمن خطر الطريق) ولكن لو كان الاقراض بغير شرط ثم كتب بما تقدم فهو جائز ويسمى هذا القرض «سفتجة» وهو نوع من الحوالة . أقول أن حوالة البريد (بوليصة البوستة) المعروفة عندنا ليست من هذا القبيل بل هى اجارة على ارسال النقود من بلد الى بلد بأجر معلوم

« كتاب الوكالة »

التوكيل هو اقامة الانسان غيره مقام نفسه ترفها أو عجزاً في تصرف جائز (١) معلوم (٢) ولو كان توكيلا عاما لانه معلوم في الجملة والوكالة اسم من التوكيل

ركن الوكالة وشروطها وأقسامها - تنعقد الوكالة بايجاب وقبول ولا بد من علم الوكيل بالوكالة فان ردها بعد علمه بها ارتدت ولا يصح تصرفه بعد رده . ولا تصح الوكالة إلا إذا كان الموكل ممن يملك التصرف بنفسه بأن يعقل معنى العقد وأن يكون الوكيل كذلك ، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبي لا يعقل مطلقا ولا توكيل صبي يعقل بتصرف ضار ضررا محضا سواء إذن به الولي أو الصبي أم لم يأذنا : ويصح توكيله بالتصرف الذي ينفعه بلا إذن وليه أو وصيه وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر إن كان مأذونا بالتجارة فان كان محجورا ينعقد توكيله موقوفاً على اذن وليه أو وصيه

وقد يكون ركن التوكيل مطلقا « كوكلتك ببيع ساعتي هذه » أو مقيدا « كأذنتك بتأجير داري للسكنى كل شهر بكذا » أو معلقا بشرط « كاذا بلغ سعر القنطار من القطن كذا جنيها فبع قطني بهذا السعر » أو مضافا إلى وقت مستقبل « كأمرتك بشراء كذا في أول

---

(١) أي للموكل فلا يجوز توكيل الصبي غيره في اعطاء الهبة لانه هو نفسه لا يجوز له أن يهب

(٢) سيأتي بالتوكيل بالشراء

السنة الآتية » . والاذن والامر يعتبران توكيلا وقد يكون الامر من قبيل الرسالة ، والاجازه اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة فاذا باع فضولى مال غيره بلا اذنه فاجاز صاحب المال البيع يكون كما لو وكل الفضولى بالبيع أولا ، وكل عقد جاز للموكل أن يعقد بنفسه جاز أن يوكل به غيره وهذه قاعدة مطردة فيجوز لمن توفر فيه شروط الاهلية أن يوكل غيره بايفاء ماعليه من الحقوق واستيفاء ماله وبالبيع والاجارة والهبة والخصومة الخ ولكن التوكيل باستيفاء القصاص حال غيبة الموكل لا يجوز لاحتمال أن يعفو الموكل عن القاتل .

وقد تكون الوكالة خاصة أو عامة ، فالعامة كأن يقول له أنت وكيلى فى كل شىء أو فى كل دعوى أقيمها على غيرى أو يقيمها غيرى على ، والخاصة كوكلتك باجارة أرضى او بيع فرسى . ويصح تفويض الراى للوكيل فيتصرف فيما وكل به كيف شاء ويصح تقييده بتصرف مخصوص حسبما يرى الموكل ، فان كان الامر مفوضا لراى الوكيل جاز له ان يوكل به غيره ويعتبر الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل فلا ينعزل بعزل الوكيل الاول ولا بوفاته . وقد تكون الوكالة بأجر او بدون اجر ففى الحالة الاولى يكون الوكيل اجيرا كالدلال والسمسار ووكلاء الدعاوى (المحامين) فيعطى حكم الاجير وفى الحالة الثانية يكون متبرعا ، فاذا لم تشترط الاجرة فى الوكالة ينظر فان كان الوكيل من الفريق الاول فله أجر المثل وإن كان من الفريق الثانى فلا أجر له .

ويجوز ان يوكل وكيلين بعقد واحد او بعقدين فان وكلهما بعقد واحد فلا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف فيما وكل به الا إذا كان لايحتاج فيه الى الراى كايفاء الدين او كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة فانه يجوز لكل منهما الانفراد وحدة بشرط اخذ راى الآخر فى الخصومة دون حضوره ؛ وان وكلهما بعقدين جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقا

« احكام الوكالة »

تمهيدات — الاول . لكل عقد غرض عمل لأجله ذلك العقد فان خلا العقد من غرض صحيح فهو لغو لا يعنى به ولا يلتفت اليه ، فالغرض من عقد البيع أن يصير المبيع ملكا للمشترى والثمن ملكا للبائع والغرض من عقد الكفالة التزام الكفيل بما تعهد به ؛ والغرض من عقد المزارعة اشتراك العامل ورب الارض فى المتحصل وهكذا — وهذا الغرض يسمى حكم العقد

الثانى . ما يستتبعه العقد مما يؤكد حكمه ويحفظ لكل ذى حق حقه « كتسليم المبيع ورده بعيب والرجوع عند الاستحقاق والمخاصمة فى ذلك وقبض الثمن الخ » يسمى حقوق العقد وعلى ذلك فلكل عقد حكم وحقوق

الثالث . اقسام العقود كثيرة تختلف باختلاف أحكامها والذى نحتاج اليه فى هذا المقام تقسيمها الى قسمين . (الاول) العقود التى تتم بالقبض كالهبة والصدقة والاعارة والقرض والايداع والرهن ؛

(الثاني) العقود التي لم تتم بالقول كالبيع والاجارة والصلح الخ . ومن المعلوم ان لكل من هذه العقود أحكاما وحقوقا . إذا فهمت هذا فاعلم :

أن كل عقد من العقود التي تتم بالقبض كالهبة الخ اذا عقده الوكيل فاما أن يعقده من جهة طالب التمليك (أى الواهب الخ) او من جهة طالب التملك (اى الموهوب له الخ) وعلى كل اما ان يضيف العقد إلى نفسه او الى موكله فيقول فى صورة التمليك : وهبت لك كذا او وهب فلان لك كذا الخ ، وفى صورة طلب التملك . هبنى كذا او هب لفلان كذا الخ . فان كان وكيلا من جهة طالب التمليك فان حكم العقد يقع للموكل وحقوقه ترجع اليه سواء اضاف الوكيل العقد الى نفسه أو الى موكله ؛ وان كان وكيلا من جهة طالب التملك فان أضاف العقد الى نفسه وقع العقد له ، وان أضافه الى موكله وقع لموكله وتعلقت به حقوقه (١)

وأما العقود التي تتم بالقول كالبيع والاجارة فيجوز أن يضيف الوكيل العقد الى نفسه أو الى موكله وعلى كل حال فان حكم العقد

---

١ — وذلك لان هذه العقود لاتتم بالقول وحده بل لابد لتمامها من القبض فاذا قبض الموهوب له الهبة والمستعير العارية الخ من الوكيل فانما يقبض شيئا مملوكا لغير العاقد (الوكيل) فيكون الوكيل فى هذه الحالة سفيرا محضا لأن العقد لا يتم به وحده فان كان الوكيل هو القابض للهبة الخ فان العقد يتم له بالقبض اذا أضافه الى نفسه ويتم لموكله اذا أضافه اليه ويكون فى هذه الحالة رسولا أيضاً .

يثبت لموكله وأما حقوقه فان أضاف العقد الى موكله تعلقت الحقوق بموكله وكان الوكيل رسولا وإن أضف العقد الى نفسه تعلقت حقوقه به ولا تنتقل الى موكله مادام الوكيل حيا (وان كان غائباً) وبعد موته تنتقل الحقوق الى وصيه [١] ولكن اذا كان الوكيل صبيا مميزا محجورا عليه فلا ترجع حقوق العقد اليه بل الى الموكل ، وبدل الصلح عن اقرار والمصالح عنه في حكم المعاوضة فيكون بمنزلة البيع أو الاجارة (كما سيأتى مفصلا فى بابه) فيكون حكم الوكيل به على التفصيل المتقدم

وأما حقوق عقد فى الرسالة فانها تتعلق بالمرسل لا بالرسول

والخلاصه : أن حكم العقد يثبت للموكل الا فى حالة واحدة وهى ما أضف الوكيل العقد الى نفسه فى العقود التى لا تتم إلا بالقبض وكان طالبا للتملك فان حكم العقد يثبت له لخروجه عن صفة الوكلة ، وأما حقوق العقد فتتعلق بالوكيل فى العقود التى تتم بالقول كالبيع الخ ، إذا أضافها الوكيل الى نفسه على التفضيل المتقدم ، وتتعلق به أيضا فى الصورة السابقة التى خرج فيها عن صفة الوكاله

(استدراك) العقود التى لا يقبل فيها الحكم الانفصال عن السبب كالزواج والخلع والصلح عن انكار الخ هى فى حكمها كالعقود التى تتم بالقبض فترجع الحقوق فيها الى الموكل لا الى الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج

---

(١) وبعد ذلك تنتقل الى الموكل ومذهب الامام الشافعى أن الحقوق تتعلق بالموكل لا بالوكيل

بالمهر ولا وكيل الزوجة بتسليمها اليه الخ (١)

﴿ الوكيل بالشراء ﴾

الوكيل نائب عن الموكل فيما أقامه فيه مقامه فيجب أن يكون عالما بما وكل به حتى يستطيع الامتثال ويقدر على التنفيذ وفق ما يريد الموكل بقدر الامكان . فاذا كان وكيلا بالشراء فاما أن يكون الأمر مفوضا اليه أولا . فان كان قد فوض اليه الأمر بأن قال له الموكل : اشتر لى ما شئت ، جازت الوكالة وأى شيء اشتراه له يكون ممتثلا ، واذا لم يكن الامر مفوضا اليه بل وكله توكيلا خاصا فهذا تحته صورتان «الاولى» أن يوكله بشراء شيء بعينه كأن يقول له : اشتر لى هذه الدار، أو فرس فلان أو أرض كذا ، وفى هذه الحالة يكون الشيء الموكل بشرائه معلوما علما تاما للوكيل فلا نزاع ولا أشكال : «الثانية» أن يوكله بشراء شيء لا بعينه كأن يقول له: اشتر لى دابة أو ثوبا أو فرسا أو ثوب جوخ . أو دارا أو ياقوتة ، وفى هذه الحالة يكون الشيء الموكل بشرائه مجهولا جهالة فاحشة أو متوسطة أو يسيرة . فالجهالة الفاحشة تكون فى الجنس كالدابة والثوب فان الدابة تشمل أنواعا كالخيل والبغال والحمير الخ ، والثوب يشمل أنواعا كثوب جوخ وحرير وقطن ـ والجهالة اليسيرة تكون فى النوع وهو ما تحته افراد كالفرس وثوب الجوخ

---

(١) من شاء استقصاء هذا الموضوع فليراجعه فى شرح الزيلعى على الكنز وفى تكملة رد المحتار وفى الهداية وشروحها فانه يجده هناك مفصلا معلل الاحكام وافيا بالمرام

الخ ولكن التفاوت بينها ليس ببعيد ـ والجهالة المتوسطة يكون بين الجنس والنوع وذلك بأن يكون بين الافراد تفاوت بعيد كالدار والياقوتة فان كانت الجهالة فاحشة فلا تصح الوكالة سواء عين الثمن ام لم يعين لان الوكيل لا يتمكن من الامتثال لتفاحش الجهالة ، وان كانت الجهالة متوسطة فان الوكالة لا تصح الا إذا زيد قيد آخر يقلل الجهالة ويجعلها يسيرة كبيان الثمن او الصفة ، وان كانت الجهالة يسيرة صحت الوكالة سواء عين الثمن ام لم يعين ويراعى الوكيل فيما يشتريه ما يليق بحال موكله ـ وهذه الجهالة اليسيرة لابد من تحملنا فى الوكالة لاننا لو شرطنا الاستقصاء فى الصفة والبيان فى النوع فربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك فيضيق الامر على الناس ـ والحرج مدفوع.

مخالفة الوكيل ـ إذا قيد الوكيل فخالف فاما أن يشترى غير ما وكل بشرائه (كأن يأمره الموكل بشراء ثوب جوخ فيشترى ثوب حرير) واما ان يخالف فى الثمن ؛ فان كان الاول نفذ الشراء على الوكيل (١) ، وان كان الثانى فاما ان يشترى باكثر من الثمن او بأقل منه ، فان اشترى بأكثر من الثمن فلا ينفذ الشراء على الموكل مطلقا (سواء كان وكيلا بشراء معين او غير معين) ؛ وان اشترى بأقل من الثمن فان الشراء ينفذ على الموكل فى ثلاث حالات: «الاولى» أن يكون الموكل بشرائه شيئا معينا . «الثانية» ان يكون غير معين ولكنه

---

(١) لكن اذا كان الوكيل محجورا عليه فان الشراء يتوقف على أجزاء الموكل

وفق ماوصف الموكل ، « الثالثة » أن تكون قيمة مااشتراه قدر الثمن المعين .

واذا كان السعر معروفا عند الناس كثمن الخبز واللحم فلا ينفذ على الموكل الا بثمن المثل .

ولا يجوز للوكيل بشراء معين أن يشترى لنفسه فى غيبة موكله الشيء الذى وكل بشرائه (لان فيه عزل نفسه من الوكالة وهو لا يملك عزل نفسه الا اذا كان الموكل حاضرا) ولكن اذا اشتراه بثمن ازيد مما عينه له الموكل أو بجنس آخر جاز ذلك . وكذلك لايجوز له ان يشترى مال نفسه لموكله من نفسه ومثله فى ذلك وكيل البيع لأن الشخص الواحد لايكون بائعا ومشتريا . وللوكيل حبس مااشتراه عن الموكل حتى يأخذ منه ثمنه (سواء دفع ثمن المبيع الى البائع أم لم يدفعه) لان بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية فا لوكيل بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشترى ، فاذا هلك المبيع وهو محبوس فى يد الوكيل لزمه أداء ثمنه ولايلزم الموكل منه شيء ، ولكن اذا هلك فى يده من غير ان يحبسه أوضاع منه بدون تعديه فانه يهلك على الموكل ولا يسقط من الثمن شيء لان الوكيل فى هذه الحالة بمنزلة الموكل ويده كيده .

ويجوز للوكيل بالشراء رد مااشتراه على البائع اذا وجد به عيبا قديما وكان المبيع فى يده ؛ فان سلمه لموكله فليس له رده بالعيب بدون أذنه .

« الوكيل بالبيع »

اما ان يعين الموكل للوكيل الثمن الذى يبيع به أو يفوض الامر اليه فان عين له ثمنا فليس له ان يبيع بانقص منه فان خالف فباع بانقص منه وسلم المبيع للمشترى فللموكل فسخ البيع . وان فوض الموكل ولم يعين ثمنا صح البيع بنقصان يسير ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير والنقود الذهب والفضه « حالة أو الى اجل متعارف (١) فان باع باجل أطول مما جرى به العرف عند التجار فلا ينفذ البيع على الموكل . وعلى كل حال فانه يجب ان يراعى حال الموكل من حيث احتياجه الى الثمن حالا أو رضاه به مؤجلا . ولا يجوز للوكيل بالبيع ان يبيع الشيء الموكل ببيعه لمن لا تقبل شهادتهم له الا اذا كان الثمن اكثر من القيمة وذلك منعا للتهمة ولأن المنافع بينه وبينهم متصلة فيصير كأنه يبيع لنفسه ، ولكن اذا امره الموكل بالبيع لهم جاز بيعه بمثل القيمة لا دونها وهذا هو قول الامام . وقال الصاحبان يجوز البيع لهم بغبن يسير ايضا . ولا يجوز له أن يبيع ما وكل ببيعه لابنه الصغير ولو صرح له الموكل لانه بذلك يكون بائعا ومشتريا .

وللوكيل بالبيع ان يأخذ رهنا أو كفيلا على المشترى بما باعه له مؤجلا ولو لم يأمره الموكل بذلك فان امره الموكل ان لا يبيع مؤجلا الا برهن أو كفيل فليس له مخالفته . وان عقد الموكل والوكيل معا عقد بيع ، أو عقدا عقدين فى وقتين مختلفين ولكن لم يعلم السابق

---

(١) وهذا هو مذهب الصاحبين المفتى به .

منهما فان المشتريين يشتركان فى البيع ويخير كل منهما بين الاخذ والترك وحق قبض الثمن للوكيل ولكن لو دفع المشترى الثمن للموكل صح دفعه وليس للوكيل مطالبته به بعد ذلك . واذا لم يقبض الوكيل الثمن من المشترى فلا يجبر على أداء الثمن من ماله ؛ وان كان لا أجر له على الوكالة فلا يجبر على مطالبة المشترى بالثمن (لانه متبرع) وله أن يحيل الموكل على المشترى أو يوكله عنه فى قبض الثمن ؛ وان كان له أجر كالدلال والسمسار فانه يجبر على تقاضى الثمن من المشترى (لأنه غير متبرع وقد أخذ أجرا على عمله فلا بد أن يتممه) . واذا قبض الوكيل بالبيع الثمن كان فى يده أمانة فلا يضمنه إلا بالتعدى أو التقصير فى حفظه .

تنبيه ـ المواد ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠ تراجع فى الكتاب وكلها ترجع الى أحكام حقوق العقد.

﴿ التوكيل بالخصومة ﴾

لكل من المدعى والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة ، وهل يشترط رضا الخصم بالتوكيل أولا ـ أما مذهب الصاحبين والأئمة الثلاثة فهو عدم اشتراط رضا الخصم مطلقا والعمل على ذلك فى المحاكم الشرعية اليوم ، وأما مذهب الامام ففيه تفصيل وذلك ان الموكل اما أن يكون معذورا لا يستطيع المخاصمة او يكون قادرا

عليها فان كان معذورا جاز التوكيل بدون رضا الخصم وان كان قادرا على المخاصمة فلا يلزم الخصم بقبول المرافعة مع الوكيل وله ان يطلب المرافعة مع الموكل · ومن الاعذار المانعة السفر والمرض الذى يمنع صاحبه من حضور مجلس الحكم وعجز الموكل عن الافصاح والبيان فى الخصومة ، وكذلك السيدة المخدرة لها توكل بدون رضا الخصم . واذا كان الموكل حاضرا بنفسه فى مجلس الحكم مع وكيله فان ذلك جائز يلزم فيه التوكيل بدون رضا الخصم فاذا اراد الخصم ان يوجه سؤالا الى الموكل فلا مانع يمنعه حينئذ

والخصومة تشمل الانكار والاقرار ولكنها لا تشمل الصلح ولا القبض ، فيجوز للوكيل بالخصومة الاقرار (بغير الحدود والقصاص لانها تسقط بالشبهات) ولكن اذا قيده الموكل بعدم الاقرار صح التوكيل وكانت الوكالة مقيدة فلا يقبل اقرار الوكيل على الموكل فى هذه الحالة وليس لوكيل الخصومة الصلح لانه شىء آخر غيرها إذ هو مسالمة وكذلك ليس لوكيل الصلح ان يخاصم . وليس لوكيل الخصومة والمطالبة بالدين ان يقبض الدين (لانه ربما كان غير مأمون على الاموال) إلا اذا كان العرف بين التجار ان المطالب بالدين يقبضه فيرجع الى العرف ووكيل قبض الدين لا يملك الخصومة مع المديون (على قول الامام وقال الصاحبان أن له ذلك) ولتراجع الأدلة فى شرح الزيلعى وشروح الهداية .

«عزل الوكيل»

الوكالة من العقود غير اللازمة فيجوز للموكل أن يعزل الوكيل متى أراد ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه ولكن إذا تعلق بالوكيل حق للغير فان الوكالة تصير لازمة حتى يوفى ذلك الغير حقه كما اذا رهن المديون ماله وعند حلول الاجل وكل آخر ببيع ازهن فلا يعزل ولا تبطل وكالته بالعزل لتعلق حق المرتهن به ، وينعزل الوكيل بموت الموكل أو بخروج أحدهما عن الاهلية ولكن فى الوكالة ببيع الرهن إذا مات الموكل (الراهن) أو خرج عن الاهلية فلا ينعزل الوكيل سواء كان هو المرتهن أو العدل أو شخصا آخر ، ولا بد من علم الموكل والوكيل بالعزل ، فاذا عزل الوكيل نفسه ولم يعلم الموكل بذلك فلا تخرج الوكالة من عهدته حتى يعلم الموكل بعزله نفسه ، واذا عزله الموكل يبقى على وكالته الى أن يصل اليه خبر العزل ويكون تصرفه صحيحا إلى ذلك الوقت ، وإذا عزل الموكل وكيله بقبض الدين فاما أن يكون وكله بحضور مديونه أو يكون قد وكله فى غيبته ؛ ففى الحالة الاولى لا يملك عزله بدون علم المديون فان دفع اليه الدين من دون أن يعلم بعزله فانه يبرأ من الدين ؛ وفى الحالة الثانية يجوز له عزله بدون علم مديونه إذ لاضرر ، والوكالة تنتهى بانتهاء الشيء الموكل فيه وينعزل الوكيل من الوكالة بالطبع عزلا حكميا

« كتاب الرهن »

الرهن لغة حبس الشيء بأى سبب كان (وفى الشريعة) جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه ، ويسمى الشيء المرهون رهناً ومعطيه راهناً وآخذه مرتهنا . وينعقد الرهن بايجاب وقبول ولكنه لا يتم إلا بالقبض ويشترط أن يكون الراهن والمرتهن عاقلين سواء كانا بالغين أو صبيين مميزين ، ويشترط أن يكون المرهون صالحاً للبيع (أى مالا متقوما موجودا مقدور التسليم) فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد لوجود القبض بكماله فان لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن ، وان قبضه قبضا ناقصاً بان كان مشاعا أو متصلا بغيره (كرهن البناء بدون الأرض) أو مشغولا بملك الراهن (كرهن الارض بدون الشجر) كان رهناً فاسدا وسيأتى حكمه . ويشترط فى مقابل الرهن أن يكون دينا ثابتا فى الذمة سابقا على الرهن أو موعوداً به ، أو عينا من الاعيان المضمونة كالمقبوض على سوم الشراء ، وأما الامانات فلا يؤخذ لاجلها رهن ويجوز للراهن والمرتهن أن يشترطا فى العقد وضع الرهن عند عدل يرتضيانه وأن يتفقا على ذلك بعد العقد فان رضى العدل صارت يده كيد المرتهن ويتم الرهن بقبضه . ولا يصح اشتراط تمليك العين المرهونة للمرتهن فى مقابلة دينه أن لم يؤده الراهن فى الاجل المعين لأدائه بل يصح الرهن ويبطل الشرط . ويصح توكيل الراهن المرتهن ببيع الرهن

عند حلول الاجل لاستيفاء دينه من ثمنه وكذا يصح توكيل الراهن العدل أو غيره بالبيع لايفاء الدين . وإذا كان لمديون غرماء متعددون فانه يجوز أن يعطيهم رهنا واحداً (سواء كانوا شركاء فى الدين المرهون به أو كان لكل منهم دين على الراهن) بشرط أن يرهنه عند الكل بعقد واحد ، ويجوز لهؤلاء الغرماء أن يضعوا الرهن عند عدل أو عند أحدهم أو يتهايؤن حفظه ولكن إذا كان الرهن مما يتجزأ ولا يضره ذلك فانه يجوز لكل منهم ان يرتهن منه بقدر حصته من الدين .

والرهن إما ان يكون ملكا للراهن او مالا استعاره من مالكه واستأذنه فى رهنه فأذن له المالك بذلك (سأذكر ما يتعلق بالرهن المستعار متصلا بعضه ببعض عقب احكام الرهن) .

ويجوز للأب ان يرهن ماله عند ولده الصغير وان يرتهن مال ولده لنفسه واما الوصى فلا يجوز له ان يرهن ماله عند اليتيم ولا ان يرتهن مال اليتيم لنفسه ، وذلك لان الاب لوفور شفقته على ولده جاز له ان يتولى طرفى العقد بخلاف الوصى فانه وكيل محض وليس له هذه الصفة التى للولد .

« استدراكان » ـ الاول ، لا يشترط ان تكون قيمة الرهن مساوية للدين بل يجوز ان تكون اقل او اكثر فان كانت اكثر فالزائد امانة وان كانت اقل كان الرهن فى مقابلة بعض الدين لا كله .

الثانى ، للمرتهن ان يفسخ عقد الرهن وحده لانه هو الذى له حق

حبسه ففسخه تنازل عن حقه فى الحبس وليس للراهن ان يستقل بفسخ الرهن لتعلق حق المرتهن به .

(احكام الرهن)

قد علمت مما تقدم ان مقابل الرهن إما ان يكون دينا سابقا على الرهن أو موعودا به ، وأن الرهن أما صحيح أو فاسد (كرهن المشاع الخ) ، وأن عقد الرهن الصحيح متى تم لا يستقل الراهن بفسخه الخ ، فان كان الرهن سابقاً على الدين فحكم الصحيح والفاسد واحد بلا فرق فيحبس المرتهن الرهن فى كلتا الحالتين حتى يستوفى دينه بتمامه ، ويكون أحق بالرهن من الراهن ، وإذا مات الراهن مديونا فالمرتهن أحق بالرهن من سائر الغرماء حتى يستوفى منه كل حقه ، وعلة ذلك فى الرهن الفاسد أن الدين أعطى لاجله وفى مقابلته وفى الرهن الصحيح هذه العلة السابقه ؛ وكونه صحيحا فلا يفسخ بدون رضا المرتهن - وأن كان الدين سابقا على الرهن فالحكم مختلف . أما الصحيح فله الاحكام المتقدمة وأما الفاسد فيفسخ ولا يثبت له حكم منها لأن الدين لم يعط لأجله . ولا يمنع الرهن المرتهن من مطالبة الراهن بدينه لأن حقه باق بعد الرهن وإنما الرهن لزيادة الصيانة ، وإذا قضى الراهن بعض الدين فلا يكلف المرتهن بتسليمه بعض الرهن بل يحبسه الى استيفاء ما بقى منه ولو كان قليلا ولكن إذا كان المرهون شيئين كفرسين مثلا وعين لكل منهما مقدار من الدين وادى الراهن مقدار ما عليه لأحدهما كان له أن يأخذه ؛ أما إذا لم يعين فليس له

الاخذ لحبس الكل بكل الدين. وإذا أراد الراهن أخذ الرهن ليبيعه لقضاء دينه فلا يكاف المرتهن تسليمه اليه لأن حكم الرهن الحبس الدائم حتى يقبض دينه .

حكم الرهن إذا مات الراهن والمرتهن أوالعدل لا يبطل الرهن بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما بل يبقى رهنا عند الورثة . وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن باذن المرتهن وقضى منه الدين فان لم يكن له وصى ينصب القاضى له وصيا ويأمره ببيعه وقضاء الدين من ثمنه وإذا مات المرتهن تقوم ورثته مقامه فى حبس الرهن الى استيفاء الدين لان لهم عليه يدا مستحقة ، وإذا مات العدل يوضع الرهن عند عدل غيره بتراضى الراهن والمرتهن فان لم يتفقا يضعه الحاكم عند عدل و إن شاء وضعه عند المرتهن إذا كان مثل العدل فى فى العدالة ولو كره الراهن . وإن مات المرتهن مجهلا للرهن ولم يوجد فى تركته فان قيمة الرهن يصير ديناواجب الآداء من تركته وتقبض الورثة من الراهن مقدار دين مورثهم .

«حكم الرهن المستعار» يجوز للمديون أن يستعير مال غيره ويرهنه باذنه وفان أطلق المعير ولم يقيده بشىء جاز له أن يرهنه بأى قدر كان وعند أى شخص وفى أى بلد ، وان قيده فليس له أن يخالف إلا إلى خير - فاذا كانت قيمة الرهن عشرة جنيهات واذن المعير للراهن المستعير أن يرهنه فى مقابل خمسة عشر جنيها فرهنه بأقل من خمسة عشر جنيها بحيث لم ينقص عن عشرة فان هذه مخالفة الى خير ، أما

اذا نقص عن عشرة كانت مخالفة الى شر فلا تجوز - وبيان ذلك أن المعير اذا أراد فكاك الرهن وكان الدين أكثر من قيمة الرهن فدفعه الى المرتهن كان الزائد عن قيمة الرهن تبرعا لا يرجع به على الراهن المستعير «كما سيأتى» . فهذا معنى المخالفة الى خير ، واذا هلك الرهن بدون تعد فانه يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين ويترتب على ذلك انه لو رهنه بأقل من قيمته وهى عشرة جنيهات فان المعير لا يرجع على الراهن المستعير إلا بقدر الدين ، فهذا معنى المخالفة الى شر . وليس للمعير أن يرجع فى الرهن بعد أن يتسلمه المرتهن ويتعلق حقه به بل يحبسه المرتهن حتى يستوفى دينه ، وان كانت العارية موقتة بمدة معلومة فليس للمعير جبر الراهن على فكاك الرهن حتى تنتهى المدة ، فاذا أراد المعير فكاك الرهن فللمسألة ثلاث صور : «الاولى» أن تكون قيمة الرهن مساوية للدين ، وفى هذه الحالة يجبر المرتهن على تسليم الرهن للمعير ثم يرجع المعير بما دفعه على الراهن المستعير لانه غير متبرع لتخليص ملكه «الثانية» ان يكون مقدار الدين اكثر من قيمة الرهن ، وفى هذه الحالة يجبر المرتهن ايضا على تسليم الرهن للمعير ولكن لا يرجع المعير على الراهن إلا بقيمة الرهن واما الزائد فهو تبرع وقد اعترض على الحكم فى هذه الصورة بأنه لا معنى لتبرع المعير فى هذه الحالة لأن غرضه تخليص ملكه لينتفع به ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله إذ للمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفى كل الدين واجيب عن هذا الاعتراض بأن المعير مقصر عن تقييد الرهن بالقيمة

من أول الامر فاذا ترك ما يدفع به الضرر كان فى دفع الزائد مختارا ، « الثالثة » أن تكون قيمة الرهن أزيد من الدين وفى هذه الحالة لايجبر المرتهن على تسليم الرهن للمعير لأن الزيادة أمانة من جانب الراهن .

حكم الرهن إذا مات المعير أو المستعير ـ إذا مات الراهن المستعير مفلسا مديونا يبقى الرهن المستعار فى يد المرتهن على حاله مرهونا ولكن لا يباع بدون رضا المعير . وإذا مات المعير مديونا يؤمر الراهن بوفاء دينه وتخليص الرهن المستعار ، فان كان عاجزا عن قضاء دينه يبقى الرهن على حاله عند المرتهن ، ولورثة المعير أداء الدين وتخليص الرهن .

تصرف الراهن والمرتهن فى الرهن

الراهن مالك للرهن ، والمرتهن متعلق حقه به ؛ فلا يجوز لاحدهما أن يتصرف فى الرهن تصرفا يفوت حق الآخر إلا باذنه ، وهذا بيان مجمل وإليك التفصيل :

إذا باع الراهن الرهن أو آجره أو وهبه أو أعاره أو رهنه إلى غير ذلك من التصرفات المحتملة للفسخ فان نفاذه يتوقف على رضا المرتهن فاذا أجاره المرتهن أو قضى الراهن دينه نفذت هذه التصرفات وخرج المرهون عن عهدة المرتهن ولكن فى صورة البيع يتحول حق المرتهن إلى الثمن بخلاف غيره من التصرفات الأخرى ، وذلك

لأن البدل فى البيع فى مقابلة المبيع نفسه فيقوم مقامه عند المرتهن لاستوائهما فى المالية (١) وأما بدل الاجارة فهو فى مقابلة المنفعة — وحق المرتهن إنما هو فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت إجارته إسقاطا لحقه فى حبس الرهن - والتصرفات الأخرى ليس بمقابلها بدل حتى يقوم مقامها وكما لا يملك الراهن بيع الرهن ولا اجارته الخ كذلك المرتهن لايجوز له بيع الرهن إلا إذا وكله الراهن ببيعه وليس له ايداعه ولا إجارته الخ بلا إذن الراهن فان فعل ذلك كان متعديا فيضمن قيمة الرهن بالغة ما بلغت . واذا هلك الرهن فى يد من اشتراه من الراهن قبل أن يجيز المرتهن البيع فلا تصح الاجازة بعد ذلك ويخير المرتهن بين تضمين المشترى قيمته يوم هلاكه أو تضمين الراهن ثم يأخذ القيمة رهناً عنده حتى يستوفى دينه ؛ فان ضمن المشترى رجع على الراهن بالثمن (لأن المبيع صار ملكه بالضمان) وان ضمن الراهن فلا يرجع على المشترى (لأنه بالضمان خلص له الرهن فكأنه باع ملكه الخالص له وأخذ ثمنه ثم هلك عند المشترى) ، وإن تعدى المرتهن وباع الرهن بلا إذن الراهن فهلك فى يد المشترى قبل الاجازة يكون للراهن الخيار فى تضمين المشترى أو المرتهن (وأيهما ضمن صار الرهن ملكا له

---

(١) وعن أبى يوسف أن المرتهن ان شرط عند الاجازة أن يكون الثمن رهناً كان رهناً والا فلا لأنه باجازته نفذ البيع وملك الراهن الثمن وانه مال آخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهناً الا بالشرط كما اذا أجره الراهن وأجاز المرتهن الاجارة لاتصير الاجرة رهناً الا بالشرط اهـ

بالضمان (فان ضمن المشترى رجع على المرتهن بالثمن ، وإن ضمن المرتهن فلا يرجع على أحد بل يبقى الضمان عنده رهنا حتى يستوفى دينه

وإذا تعدى المرتهن ورهن الرهن بلا إذن الراهن فهلك فى يد المرتهن الثانى فالراهن الاول مخير ان شاء ضمن المرتهن الاول قيمة الرهن وان شاء ضمن المرتهن الثانى ، فان ضمن الاول ترتب على ذلك أمران « أولهما » ان الضمان يحل محل الرهن عند المرتهن الاول ويصير رهناً بدله حتى يستوفى دينه ، « ثانيهما » ان المرتهن الاول بضمانه الرهن قد امتلكه فيكون رهنه عند الثانى صحيحا واذاً يهلك الرهن عند الثانى فى مقابلة ماله من الدين (على التفصيل المبين فى الفصل الآتى) ـ وان ضمن الثانى ترتب على ذلك ثلاثة أمور : « الاول » ان يجعل الضمان رهناً عند المرتهن الاول ، « الثانى » بطلان الرهن الثانى كما هو ظاهر « الثالث » رجوع المرتهن الثانى على الاول بما ضمنه لانه غره وبدينه أيضا لبطلان الرهن الثانى .

فلو كان رهن المرتهن الاول عند الثانى باذن الراهن الاول صح الرهن الثانى وبطل الاول ، ويكون الراهن كأنه أعار الرهن للمرتهن الاول ليرهنه عند الثانى .

ويجوز للمرتهن أن يعير الرهن للراهن وبذلك يخرج من ضمان المرتهن ولكن له استرداده الى يده فان استرده وأعاد قبضه عاد ضمانه لبقاء عقد الرهن ، فان هلك الرهن فى يد الراهن المستعير هلك مجانا فلا يسقط شىء من الدين ويكون المرتهن فى هذه الصورة أسوة الغرماء .

وإذا باع المرتهن ثمار العين المرهونة بلا إذن الراهن أو بلا إذن القاضى (إذا كان الراهن غائبا) فانه يضمن قيمتها وذلك لأن نماء الرهن كالثمر والولد واللبن والصوف ملك للراهن لتولدة من ملكه ؛ ولو أذن الراهن للمرتهن فى أخذ هذا النماء فأخذه جاز ذلك ولا ضمان عليه لأنه استهلكه باذن مالكه ، وإذا هلك النماء المذكور بدون تعد هلك مجانا لأنه لم يدخل تحت العقد . ولا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن (سواء كان كان منقولا أو عقاراً) بدون إذن الراهن وله أن يؤجره باذنه ويدفع الأجرة للراهن أو يحتسبها من أصل الدين برضا المرتهن وإن كان الرهن قد بطل ولو أذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع بالرهن أو إعارته فهلك الرهن قبل الشروع فى شىء من ذلك أو بعد رد العارية والفراغ من الانتفاع بالرهن هلك مضمونا بالدين لبقاء عقد الرهن ولو هلك فى حالة الانتفاع أو فى حالة العمل المستعار لأجله هلك أمانة فلا يسقط شىء من الدين لخروجه عن كونه رهنا الى كونه عارية ، ولو سكن المرتهن الدار المرهونة فلا أجر عليه ولو اختلف الراهن والمرتهن فى وقت هلاك الرهن فقال المرتهن هلك فى وقت العمل (ليبرىء نفسه من الضمان وقال الراهن هلك قبل العمل أو بعده (ليثبت عليه الضمان) فالقول للمرتهن (لأنه منكر لوجوب الضمان) والبينة للراهن .

والنفقات التى تلزم لحفظ الرهن واجبة على المرتهن لأنه مكلف بحفظه ، والنفقات اللازمة لاصلاح الرهن وبقائه تكون على الراهن

لأنه ملكه ، وإذا أنفق أحدهما على الرهن ما ليس واجبا عليه بدون إذن الآخر أو أمر القاضى فهو متبرع .

(ما يترتب على المرتهن والراهن عند هلاك الرهن)

يجب على المرتهن أن يعتنى بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله وله أن يحفظه بنفسه وزوجته وولده وكل من يأتمنه على حفظ ماله، ويجوز له أن يسافر بالرهن إذا كان الطريق آمنا إلا إذا قيده الراهن بالمصر فلا يجوز له السفر به . وإذا هلك الرهن فاما أن يهلك بتعد وإهمال أولا فان هلك بتعد أو إهمال كان مضمونا بقيمته (إجماعا) ولكن إذا كان المتعدى هو المرتهن فانه يضمن قيمة الرهن يوم قبضه (لأنه بالنسبة له مضمون بالقبض السابق) وإن كان المتعدى أجنبيا فانه يضمن قيمته يوم اتلافه ـ فان هلك بدون تعد أو إهمال كان مضمونا على المرتهن بالأقل من قيمته (يوم قبضه) ومن الدين (١) فان كان الدين مائة وقيمة الرهن مائة فلا يرجع أحدهما على الآخر بشيء ، وان كانت قيمة الرهن ثمانين فانه يبقى المرتهن من الدين عشرون ، وأن كانت قيمته مائة واربعين فان قيمة الزائد لاتضمن لأنه أمانة . وإذا نقص الرهن عند المرتهن قدراً أو وصفاً بدون تعديه فانه يسقط من الدين بنسبته فان نقصت القيمة النصف سقط من الدين النصف وأن نقصت القيمة الثلث سقط من الدين الثلث وهكذا .

---

(١) وقال الشافعى رضى الله عنه أنه أمانه فلا يضمن فى هذه الحالة .وأدلة الطرفين مبسوطه فى الهدايه وشروحها وفى شرح الزيلعى فمن شاء فليراجعها

ويتفرع على حكم هلاك الرهن عند المرتهن بدون تعد أنه اذا هلك الرهن فى يد المرتهن بعد استيفاء دينه من الراهن وكانت قيمته قدر الدين أو أكثر فانه يهلك بالدين ويلزم المرتهن أن يرد ماقبضه الى الراهن ، وإن كانت قيمته أقل من الدين يلزم المرتهن أن يرد الى الراهن مما قبضه منه قدر قيمة الرهن . وغير ذلك من الفروع كما فى مادة ٨٩٨ ومتى عرف الاصل سهل معرفة أحكام الفروع .

واذا استحق الرهن بعد هلاكه عند المرتهن وكانت قيمته قدر الدين أو أكثر فضمن المستحق قيمته للراهن صار المرتهن مستوفيا دينه بهلاك الرهن عنده لان الراهن بالضمان صار راهنا ملكه (كما تقدم) ، وإن ضمن المستحق المرتهن القيمة يرجع المرتهن على الراهن بالقيمة لانه غره وبالدين لبطلان الرهن .

(سداد الدين من الرهن)

اذا حل أجل الدين يجبر الراهن على تأدية الدين وفك الرهن أو يبيع الرهن ويوفى الدين من ثمنه ، فاذا امتنع من ذلك بعد أمر الحاكم له فان الحاكم يبيع الرهن قهراً ويعطى الدين من ثمنه حتى لو كان الرهن دار سكناه وليس له غيرها . وان كان الراهن غائبا غيبة منقطعة ولم يعلم مكانه يرفع المرتهن الأمر الى الحاكم فيبيع الحاكم الرهن ويقضى منه دينه . واذا خيف على الرهن التلف وكان الراهن غائبا يبيع المرتهن الرهن بأمر الحاكم أو يبيعه الحاكم ويكون ثمنه رهنا مكانه ، وأن باعه المرتهن بدون اذن الحاكم مع امكانه الاستئذان قبل تلفه كان

ضامنا لقيمته بسبب تقصيره وتعديه .

والوكيل ببيع الرهن يبيعه عند حلول الاجل ويقضى الدين منه فان امتنع الوكيل وكان الراهن غائبا فان الوكيل يجبر على البيع ، وإن كان الراهن حاضراً فلا يجبر الوكيل بل يجبر الراهن على بيعه ، فان امتنع يبيع الحاكم ويوفى الدين من ثمنه ، والوارث بعد موت الرهن يقوم مقام الراهن فيما تقدم .

(كتاب الصلح)

الصلح (لغة) اسم من المصالحة (وشرعا) عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما . وينقسم الى ثلاثة أقسام لا رابع لها وذلك أن المدعى عليه أما أن يقر بما يقوله المدعى أو ينكره أو يسكت فلا يقر ولا ينكر ، فاذا ادعى زيد أن له فى ذمة بكر الف جنيه فأقر بكر بذلك ثم صالحه على إسقاط جزء منها وإعطائه الباقى أو صالحه على أن يأخذ بدلها قطعة أرض أو داراً أو شيئا آخر فهذا صلح عن إقرار وهو فى الصوره الأولى أخذ لبعض الحق وإبراء عن باقية ، وفى الصورة الثانية معارضة ـ فاذا أنكر بكر ان لزيد فى ذمته شيئا ثم اتفق مع زيد أن يعطيه مقداراً من النقود أو عينا من الاعيان ليفتدى نفسه من اليمين ويقطع المنازعة ورضى زيد بذلك فهذا صلح عن إنكار وهذا الصلح بالنسبة للمدعى أما معاوضة وأما ابراء عن بعض حقه وأخذ للبعض الآخر على ما تقدم فى الصلح عن اقرار وبالنسبة للمدعى عليه يعتبر فداء من اليمين وقطعا للمنازعة ـ ومثله فى ذلك

الصلح عن سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر ثم الإبراء وهو إسقاط الحق إما أن يكون ابراء عن الحق بتمامه وذلك باسقاطه كله وأما أن يكون ابراء عن بعض الحق وذلك باسقاط بعضه وأخذ الباقي .

بيان من يعقد الصلح ـ يشترط أن يكون عاقدا الصلح عاقلين ولا يشترط أن يكونا بالغين ولكن يراعى فى صلح الصبي مصلحته بقدر ما يستطاع فلا يقدم على التنازل عن بعض حقه إلا اذا خيف ضياع حقه كله . فيصح صلح الصبي المأذون ان لم يكن فيه ضرر بين فاذا ادعى على شخص بمال وكانت له بينة تثبت حقه كله فلا يصح صلحه وان لم تكن له بينة وتحقق ان خصمه سيحلف صح الصلح ؛ وإذا ادعى على آخر بمال فصالحه على مقدار قيمته يصح ولكن إذا صالحه على نقصان فاحش فلا يصح ذلك الصلح - وإذا ادعى عليه أحد بشيء وأقر به صح صلحه عن اقرار ، وله أن يصالح على تأجيل وامهال طلبه .

(ولي الصغير المحجور عليه) - إذا صالح ولي الصغير عن دعواه يصح ان لم يكن فى ذلك ضرر بين فاذا ادعى أحد على صبي بمقدار من النقود فصالح أبوه المدعي على بعضها صح ذلك ان كان للمدعى بينة فان لم تكن له بينه فلا يصح ، وإذا كان للصبي شيء فى ذمة آخر فصالحه أبوه بتنزيل مقدار منه فلا يصح صلحه ان كانت له بينة فان لم تكن له بينة وتحقق أن المديون سيحلف صح الصلح .

(الوكيل بالصلح) ـ بدل الصلح (١) يلزم الموكل ولا يؤاخذ به الوكيل الا فى حالتين « الاولى » أن يضيف الوكيل الصلح الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحنى فى دعوى فلان بكذا « الثانية » أن يضمن الوكيل بدل الصلح بأن يقول صالح على كذا وأنا كفيل به ، ففى هاتين الحالتين يؤخذ منه بدل الصلح لأنه فى حكم البيع ثم يرجع به على الموكل (راجع حقوق العقد فى أحكام الوكالة).

أحوال بدل الصلح والمصالح عنه وشروطهما ـ يصح أن يكون بدل الصلح مالا أو منفعة ويشترط أن يكون ملكا للمصالح وأن يكون معلوما أن كان مما يحتاج الى القبض والتسليم وإلا فلا ، فلو ادعى زيد أن له حصة فى الدار التى فى يد بكر وادعى بكر أن له جزءا من الروضة التى فى يد زيد ثم تصالحا على أن يترك كل منهما دعواه بدون تعيين مقدار الحصتين صح الصلح لأن مثل هذه الجهالة لا تقضى الى المنازعة فلا ضرر فيها :

(الصلح عن الاعيان)

إذا كان المدعى به عينا معينة (داراً أو أرضاً أو عرضاً) وأقر المدعى عليه بها للمدعى وصالحه عنها بنقود معلومة أو بعقار معلوم صح الصلح وكان حكمه حكم البيع فيثبت فيه خيار العيب والرؤية

(١) بدل الصلح هو الشىء الذى يأخذه المدعى من المدعى عليه . والمصالح عنه هو الشىء المدعى به

والشرط للمصالح (الآخذ بدل الصلح) ويثبت حق الشفعة لجار العقار المصالح عنه أو المصالح عليه (لان كلا منهما بمنزلة المبيع) ، فان كان كل منهما عقاراً وجبت الشفعة فيهما ، ويفسد جهالة البدل المصالح عليه (لاحتياجه الى التسليم والقبض) لا جهالة المصالح عنه لانه يسقط فلا نزاع ، ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه يسترد هذا القدر من بدل الصلح كلا أو بعضا «على نسبة المقدار المستحق» . وأن كان بدل الصلح فى الصورة السابقة منفعة كسكنى دار أو زراعة أرض مدة معلومة صح الصلح وكان حكمه حكم الاجارة فيبطل الصلح بموت أحدهما أو بهلاك المحل المنتفع به فى أثناء المدة .

والصلح عن إنكار أو سكوت هو فى حق المدعى معاوضة وفى حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة « كما تقدم» فتجرى الشفعة فى العقار المصالح عليه ولا تجرى فى العقار المصالح عنه ؛ ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه يرد المدعى الى المدعى عليه هذا المقدار من بدل الصلح (على حسب نسبة القدر المستحق كلا أو بعضا) ويرجع المدعى بالخصومة والدعوى على المستحق ؛ ولو استحق بدل الصلح كله أو بعضه يرجع المدعى بالدعوى كلها أو بعضها حسب القدر المستحق .

ولرب الدين أن يصالح مديونه على بعض الدين ويكون أخذاً لبعض حقه وابراء عن باقيه .

« أحكام الصلح »

إذا تم الصلح فانه يترتب عليه سقوط دعوى المدعى المصالح عنها فلا يقبل منها الادعاء بها ثانيا ، ودخول بدل الصلح فى ملك المدعى فلا يملك المدعى عليه استرداده منه . وإذا مات أحد المتصالحين فليس لورثته فسخ الصلح لكن لو كان فى معنى الاجارة ومات أحدهما قبل مضى المدة فان الصلح يبطل بموته فيما بقى منها . وإذا كان الصلح فى معنى المعاوضة فلكل من الطرفين فسخه بتراضيهما (كما يفسخ عقد البيع) وإذا انفسخ يرجع المدعى به للمدعى وبدل الصلح للمدعى عليه ، وأن لم يكن فى معنى المعارضة بأن كان متضمنا لاسقاط بعض الحق وأخذ بعضه فلا يصح نقضه وفسخه لأن الساقط لا يعود . وفى الصلح عن إنكار يسقط حق المدعى فى الخصومة فليس له أن يخاصم المدعى عليه فى الدعوى المصالح عنها ولا أن يحلفه اليمين ولا أن يفسخ الصلح وإذا ضاع بدل الصلح أو استحق كله أو بعضه قبل تسليمه للمدعى فان كان مما لا يتعين بالتعين (كالنقود والمثليات) فلا ينقض الصلح بل يلزم المدعى عليه بمثل ما ضاع كلا أو بعضا سواء كان عن إقرار أو إنكار وإن كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين (بأن كان من القيمات) فضاع كله أو بعضه فان كان الصلح عن إقرار يرجع المدعى على المدعى عليه بالمدعى به كلا أو بعضا وإن كان الصلح عن انكار ترجع المدعى الى المخاصمة .

« أحكام الابراء »

الصبي والمجنون والمعتوه لا يصح ابراؤهم وإسقاطهم الحقوق التى لهم . والمريض مرض الموت إذا أبرأ وارثه من الدين الذى له عليه أو بعضه فلا يصح ذلك الابراء سواء كان على المريض دين أم لم يكن ، وأما ابراؤه غير وارثه من الدين الذى له عليه فان ذلك يعتبر من ثلث تركته بعد وفاء ما يكون عليه من الدين ، وأن كانت التركة متفرقة بالدين فلا يعتبر ذلك الابراء ، وللغرماء مطالبة المديون بما عليه من الدين — فانت ترى هذا الحكم كحكم الوصية . وغير هؤلاء الأشخاص يصح ابراؤهم مطلقا سواء كان ابراء خاصا أم عاما متصلا بالصلح أم منفردا عنه ، فيقول المدعى فى الابراء الخاص برئت عن كذا وأنا برىء منه تسمع دعواه فى خصوص ذلك بل تسمع فى غيره ، ويقول فى الابراء العام ابرأت فلانا من جميع الدعاوى أو ليس لى عنده حق أصلا أو نحو ذلك فلا تسمع على المبرأ دعوى فى أي حق كان قبل الصلح ولكنها تسمع على الحق الحادث بعده لان الابراء ليس له شمول لما بعده كما لا يخفى . ولا يتوقف الابراء على قبول المديون لكن إذا رده قبل القبول ارتد وأن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته . ومتى ابرأ شخص شخصا آخر من حقه يسقط حقه ذلك وليس له دعواه مرة ثانية . وإذا تعدد المبرءون يلزم تعيينهم تعيينا كافيا لان الابراء لشخص مجهول لا يصح وأما المعلوم فابراؤه صحيح .

—«« انتهى المقرر بحمد الله »»—

